

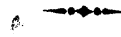
UNIVERSAL
LIBRARY

0U_232475

UNIVERSAL
LIBRARY

قد طبع اجد الثاني من العناية

شرح الهداية



في المسائل الفقهية ودلائلها العقلية والعقلية التي صنفها مولانا محمد اكمل الدين

بن محمود بن احمد الحنفى بتصحيح العلماء الاعلام والفضلاء العظام

اعنى المولى الحاج الحافظ احمد كبير امين المدرسة والمولى غياث الدين

والمولى محمد وجيه والمولى بشير الدين والمولى نور الحق والمولى محمد مرتضى

والمولى عجب احمد والمولى وارث علي صانهم الله الملك العلام وادخلهم في دار السلام



باهتمام بابو منشي رام دهن سين

في بلدة كلكتة

في المطبع المسمى بيتست ميشن پريس سنة ١٢٥٣ الهجرية

المطابقة لسنة ١٨٣٧ العيسوية

فهرس العناية شرح الهدايه



فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ١٥٠	١ كتاب النكاح
فصل في الطلاق قبل الدخول ١٥٣	٧ فصل في بيان المحرمات
باب تفويض الطلاق ١٦١	٣٠ باب الاولياء والاكفاء
فصل في الاختيار (ايضا)	٤٣ فصل في الكفاءة
فصل في الامر باليد ١٦٧	٤٨ فصل في الوكالة في النكاح وغيرها
فصل في المشيئة ١٧١	٥٢ باب المهر
باب الايمان في الطلاق ١٨٠	٨٢ فصل
فصل في الاستثناء ١٨٩	٨٥ باب نكاح الرقيق
باب طلاق المريض ١٩١	٩٦ باب نكاح اهل الشرك
باب الرجعة ١٩٦	١٠٥ باب القسم
فصل فيما يحل به المطلقة ٢٠٦	١٠٧ كتاب الرضاع
باب الايلاء ٢١١	١١٨ كتاب الطلاق
باب الخلع ٢٢٠	باب طلاق السنة (ايضا)
باب الظهار ٢٣٥	فصل في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ١٢٨
فصل في الكفارة ٢٤١	باب ايقاع الطلاق ١٣٢
باب اللعان ٢٥١	فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ١٤٠
باب العنين وغيره ٢٦٠	فصل ١٤٦

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً ٣٩٠	باب العدة ٢٦٥
فصل في الكفارة ٣٩٥	فصل ٢٧٨
باب اليمين في الدخول والسكنى ٤٠١	باب ثبوت النسب ٢٨٤
باب اليمين في الخروج والانيان	باب حضانه الولد ومن احق به ٢٩٣
والركوب وغير ذلك ... ٤٠٦	فصل ٢٩٧
باب اليمين في الاكل والشرب ٤١٠	باب النفقة ٢٩٩
باب اليمين في الكلام ٤١٩	فصل في بيان السكنى ٣٠٨
فصل اليمين في الازمان ٤٢٣	فصل في بيان النفقة والسكنى بعد
باب اليمين في العتق والطلاق ... ٤٢٦	المعارقة ٣١٠
باب اليمين في البيع والشراء	فصل في نفقة الاولاد ٣١٢
والتزوج وغير ذلك ... ٤٣٣	فصل في نفقة الوالد ٣١٤
باب اليمين في الحج والصلوة	فصل في نفقة الرقيق وغيره ٣٢١
والصوم ٤٣٧	كتاب العتاق ٣٢٢
باب اليمين في لبس الثياب ...	فصل ٣٣٠
والحلي وغير ذلك ٤٤٠	باب العبد الذي يعتق بعضه ٣٣٦
باب اليمين في الضرب والقتل وغيره ٤٤١	باب عتق احد العبدین ٣٤٠
باب اليمين في تقاضى الدراهم ٤٤٣	باب الخاف بالعتق ٣٦٠
مسائل متفرقة ٤٤٥	باب العتق على جعل ٣٦٣
كتاب الحدود ٤٤٧	باب التدبير ٣٧١
فصل في كيفية الحد واقامته ٤٥٢	باب الاستيلاء ٣٧٥
باب الوطئ الذي يوجب الحد	كتاب الايمان ٣٨٧

باب المستامن ٥٨٥	والذي لا يوجهه ٤٥٩
فصل ٥٨٢	باب الشهادة على الزنا والرجوع منها ٤٧٢
باب العشر والخراج ٥٨٧	باب حد الشرب ٤٨٢
باب الجزية ٥٩١	باب حد القذف ٤٨٧
فصل في بيان ما يجوز لهم ان يفعلوا	فصل في التعزير ٤٩٩
مما يتعلق بالسكنى ٥٩٩	كتاب السرقة ٥٠٢
فصل في احكام نصارى بني تغلب ٦٠١	باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ٥٠٥
باب احكام المرتدين ٦٠٣	فصل في الحرز والا خدمته ٥١٢
باب البغاة ٦١٩	فصل في كيفية التطم وايتائه ٥١٨
كتاب اللقيط ٦٢١	باب ما يحدث السارق في السرقة ٥٣٣
كتاب اللقطة ٦٢٥	باب قطع الطريق ٥٣٦
كتاب الالباق ٦٣٢	كتاب السير ٥٤١
كتاب المفقود ٦٣٥	باب كيفية القتال ٥٤٤
كتاب الشرقة ٦٤١	باب الموادع ومن يجوز امانه ٥٤٧
فصل في الشركة المفوضة ٦٤٧	فصل ٥٤٩
فصل في الشركة الغاسدة ٦٦١	باب الغنائم وقسمتها ٥٥٢
فصل ٦٦٣	فصل في كيفية القسمة ٥٦٥
كتاب الوقف ٦٦٦	فصل في التنفيل ٥٧١
فصل في احكام المسجد ٦٧٨	باب استيلاء الكفار ٥٧٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل فان كل عاقل يجب ان يبقى اسمه ولا يمحي رسمه وما اذاك غالبا الا ابتداء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعوا الى تحقيق ما اعد من المباحات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعي الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح في اللغة عبارة من الوطئ ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتسليك منافع البضع وسببه تعلق البناء المتدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب وهو

المتلنظ به أو لا من أي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر
 عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوثان واجب لان التحرز عن
 الزنا واجب وهو لا يتم إلا بالنكاح وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال
 مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه **قوله** النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرت
 معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سأتي وقوله يعبر بهما أي يبين بلفظين لان
 التعبير البيان قال الله تعالى ان كنتم للزوراء تعبرون أي تبينون وانما اختير لفظ الماضي
 للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه أولا تطابقه ليدل على التحقيق
 والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما بينه يعني في اول فصل الوكالة
 في الكاح وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها الكاح وقال الشافعي رحمه الله
 لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التملك مثلا فاما ان
 ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة
 كان التملك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التملك يوجد بغير نكاح ولا الى
 الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتعلق يقال لفت بين الثوبين ولفقت احدهما
 بالآخر اذا امت بينهما بالخياطة والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك
 اصلا فلا مناسبة بينهما قلنا المناسبة بينهما موجودة لان التملك سبب ملك المتعة في محلها
 يعني ان تملك الرقبة سبب ملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة
 هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقد بقوله في محلها احتراز عن تملك الغلمان والبهائم
 والاخت الرضاعية والامة المحسوسة فانها ليست بمحل ملك المتعة واعترض بان ملك
 الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساده
 للنكاح ليس من حيث تحريم الوطئ لا محالة بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها في
 مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن الغزل وحينئذ لا منافاة بين

بين ما يشته وينفيه فجازت الاستعارة **قوله** وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المرأة بعُتِك
نفسى او قال ابوها بعُتِك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامرأة اشتريتكِ
بكذا فاجابت بنعم اشارة الى محمد رحمه الله في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احتراز من
قول ابى بكر الاعدش رح فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتدليك مال والمملوك
بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح
احتراز عن قول الكرخي رحمه الله انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة
وان جعل في حكم العين وقد سمي الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فاتوهن
اجورهن وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد
شرعا الا مؤقتة والنكاح لا ينعقد الا بمؤبد فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة
وقال المصنف رحمه الله لانه ليس بسبب ملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة
والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليس بسبب ملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال
لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما واباحه له لا يملكه فانما يتلغه على
ملك المبيع ولا بلفظ الوصية لانهما توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرح بلفظ
النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه
لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين
او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غيرهم اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح
الا بشهود واعترض بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم
من النساء وغيره من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام رحمه الله بان هذا حديث
ثلقته الأمة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وهو حجة على ما ذكره رحمه الله
في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين
ان لا يظهرا انعقد لم يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان

يحصل بحضور الشاهدين حقيقة وأما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية
والشهادة من باب الولاية وأصترض بان الولاية عبارة عن نفاذ النول على الغير شاء أو
ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة
المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال واجب
بان الاداء يحتاج الى ولاية متعددة وليست بمراة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة
تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية
بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف رحمه الله لانه لا شهادة للكافر على المسلم
يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء
حتى تكون الولاية شرطا والجواب اما قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت
تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور
رجل وامرأتين خلا للشافعي رحمه الله ووعده المصنف رحمه الله ببيان ذلك في اشهادات
ونحن تابعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلا للشافعي رحمه الله هو يقول
الشهادة من باب الكرامة لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما لا محالة والفاسق
من اهل الاهانة لجريمته ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل
هذه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام
وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان اذ ان يزوج نفسه وعبدته وامته
ويقرب ما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية على نفسه فهو من اهل
الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا نسلم ان
من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعددة الى غير اجاب
بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية يعني لانه لما لم تحرم
الولاية على نفسه لاسلامه لا تحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم

(كتاب النكاح)

لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المؤمن من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالتزام فلان لا يخرج عنها على الاعتقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كاللحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قلما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مثله اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واحد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالاول كان احسن لا يقال بجوز ان يكون مرتبا على متداد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عامة الضرر او خاصته اولى والترتيب على هذا الوجه غير خافي الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الاعتقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة لكان اسهل ثابتا * وينعقد بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لاداء فان قلت النكته المذكورة في الفاسق اولا تنتضي ان يكون للمحدود في القذف شهادة متعددة ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الغائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في القذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق اسهل ما خذا **قوله** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقلين من الابحاث والقبول في النكاح شهادة وهذا ظاهر

لأننا لا نريد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق
فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات
الملك وتركيب الحجّة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اثبات الملك عليها وكل
ما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها
وبين المصنف رح المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان
الشهادة في النكاح حال الانعقاد اما ان تكون لاثبات ملك المنعة عليها ابانة لخطر المحل
اولا لاثبات ملك المهر عليه والثاني منتفٍ لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم
المال اصلا واما المقدمة الثانية فلا ناقد علمنا بالا ستقراء انه لا شيء يشترط في اثبات
ملك المنعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد
النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة
قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر رح وتقريره ان الشهادة
في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا
على العقد * ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد فلا يخلو
اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا اجاز النكاح لان الاب يجعل
مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع
من المأ مور حقيقة كالواقع من الامر حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا
وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع
حضوره في مجلس المباشرة قال في النهاية هذا تكلف ظهر محتاج اليه في المسئلة
الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة
من المأ مور الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج
الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وإذا كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر ان
 لتصور تحقيقا وافول اري انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف
 وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امرء به لان الوكيل
 سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا وإذا انتقل اليه
 المباشرة ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق
 بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبدة فزوجه بشهادة رجل والعبدة
 حاضره فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباحرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما
 لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب
 بان العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على
 حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباحرا للنكاح
 بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يتأهل المولى ليس بوكيل
 عن العبد فكيف تنتقل مباشرة اليه لان العبد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا
 كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرة لما قلنا ان الشيء انما يقدر ان لتصور تحقيقا *

فصل في بيان المحرمات

عالم كانت من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محمية النكاح بالنسبة الى بعض
 بني آدم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة واسباب حرمتهم تنوع على تسعة
 انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرية على الامة وقيام حق الغير من نكاح
 اوصدة والشرك وملك اليمين والمطلقات الثلث وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل
 ان يتزوج بامته ولا بجدة من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم
 ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة هو الاصل

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

يتال ملكة أم القرى فنكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمدهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وتثبت حرمتهم بالاجماع وهذاان المسلمان يسلك بهما في كل مافيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمت والخالات متفرقة كانت او غيرها يتناولهما النص بجهة عموم الاسم وهذا ما يتعلق بالقراءة وتحريم ام امرأته ان كانت مدخولا بها او لم تكن لقوله تعالى وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ من غير قيد بالدخول * وتحريم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ وَلَيْسَ كَوْنُهَا فِي الْحَجَرِ شَرْطًا قَالَ المصنف رح لان ذكر الحجر في قوله تعالى وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ خرج مخرج العادة فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج امها غالبا اي في تربيتها لا علم وجه الشرط ويصح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ وَلَيْسَ فِي حُجُورِكُمْ فان الاباحة تتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفى بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفى الوصفين جميعا ونفي العلة مطلقا لان نفي احدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم توجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم توجد علة الربوا وليس بقوي وتحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ فان دلالة على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقتين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء الاجداد كما تناول الأم الجدات واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطى فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد

العند فالوطي ثابت بطريقه أولى وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ فَحَلِيلَةُ الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لا طلاق النص عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكأنه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن او ابن البنت بعمومه او بالاجماع فان قيل قوله تعالى مِنْ أَصْلَابِكُمْ يبين ذلك اجاب بان ذكر الاصلا لا سقط اعتبار التبني لا لاحتلال حليلة الابن من الرضاع والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهمْ لِآبَائِهِمْ وقصته ان رسول الله صلعم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله تعالى ادعوهمْ لِآبَائِهِمْ ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحريم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وَاُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي اَرْضَعْنَكُمْ وَاَخَوَاتِكُمُ مِنَ الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما يتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك يمين وطئ لقوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوَيْنِ الْاَخْتَيْنِ عَلَى الْاِطْلَاقِ وسرى حكمهما الى كل امرأتين لو فرضت احداهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلقة قطيعة الرحم سواء كان في النسب او في الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان وطئ امة او لم يطأها لانه صدر من اهله وهو واضح مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لا يمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ امة لا يطأها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فوطئ امة يكون جمع بين الاختين بوطئ احداهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لو كان قائما مقام الوطئ حتى تصير المنكوحة موطوءة

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك رحمه الله
واجب بان نفس النكاح ليس بوطئ حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد
ثبوت حكمه وهو حل الوطئ فلا يكون وطئ الامة ما نعاين النكاح ولا يطاق المنكوحة ايضا
للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان
ذلك الوطئ قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا
حقيقته وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطئ لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه
حقيقة وحكمه الا ترى انه يحل ازواجهان يغشاها فيحل له ان يطاق المنكوحة حينئذ لعدم الجمع
وان لم يكن وطئ المملوكة جازا ان يطاق المنكوحة لعدم الوطئ جمعا ان المرقوقة ليست
موطوءة حكما **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
فيد بعثتتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا تستحطان
شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذاك بطل نكاح الثانية وقوله
لان نكاح احديهما باطل بيتين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين
لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني الى تصحيحه في احديهما بغير عينهما لعدم الفائدة
وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او الضرر يعني في حقهما لان كلامهما
تبقى معقولة لاذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطول بالفرق بين هذه وبين
ما اذا كان للرجل اربع نسوة طلق واحدة منهم بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق
واجب بان الفارق تمكن الزوج من دعوى ثلث منهم باعيانهم لان نكاح كل
واحدة منهم كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يمكن
من دعوى النكاح في احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني
بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما امانة وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف
الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون

دون الأخرى وتقرير كلامه المهرللاولى منهما لما قلنا وليس احدهما يكونهاولى اولى للجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية فينصرف اليهما * وقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قلنا لا ندري اي الكاحين كان او لا لا يقضى لهما بشي حتى تصطحا لان الحق للجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان تقولوا هذا القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعد ونا فنصطليح على اخذ نصف المهر فيقضى القاضي **قوله** ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها وابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح امرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر رضي الله عنهما كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابو عمر وابو سعيد وعبد الله ابن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي الله عنهم وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين لان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها وهوان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفصيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فيبين النبي عليه السلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال **ونقول** ان يقول في عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال وهذا مشهور بجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تنييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ عام وهذا الحديث يخصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة عندنا اولاً وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيما آية تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ نسخ عموم قوله تعالى وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ بتقديره متأخر التلا ينكر النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ولا بأس به طالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتنبيين ان كانت القواعد الاعملية على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلاً لم يجزله ان يتزوج بالآخرى ظاهره وحكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان يحشاه لان الجمع بين المرأة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه * ولا عليك ان تجعله ثابتاً بدلالة قوله تعالى وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ كما قدمته وهو أولى وقوله ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا إشارة الى قوله يحرم من الرضاع الحديث **قوله** ولا بأس بان يجمع بين امرأة ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر رح هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط ان يصور ذلك من كل جانب يعنى كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو منصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر رحمه الله يجمع بين امرأة علي رضي الله وابنته اي من غيرها وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قوله** ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وبنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة ولا وذكر الخلاف قال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا تنال بالمحظور لا تنفائ المناسبة الواجبة بين الحكم

لحكم وسببه ولنا ان الوطئ سبب الجزئية وتقريره ان الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطئ فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الي كل واحد منهما كمالاً كما يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وتصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتلوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناءه فهو الاصل في حرمة الجزء واستثني موضع الضرورة وهي امرأته وقوله والوطئ محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور ويبانه ان الوطئ ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولاد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان او عدوان والشئ اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لاصفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطئ في اثبات الحرمة كالوطئ في اثباتها قال الفقيه ابو الليث ر ح تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يعج في اكبر رأيه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم عليها ما هي وبنتها فان قيل ذكر مسألة الدواعي تكرار لان نفس الوطئ الحرام اذا لم يوجب الحرمة فلان لا توجب الدواعي اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مصورة

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلك غيرا
 لم يميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي رح في شمول العدم
 له في الحلال ما ذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق
 بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ما ليس في معنى الدخول لا يلحق
 بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب
 داع الى الوطى والسبب الداعي الى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لا نا
 وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع الا يرى انه اقام شبهة البغضية
 بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة
 ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطاً وفساد الصوم والاحرام
 ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطى
 ونوقض بان ما ذكرتم ان كان صحيحاً قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطى في ثبوت
 الحرمة لكونه سبباً داعياً اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظراً
 الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهولا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها
 لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الجانب فانظر بعد هذا في ان النظر الى
 الجمال الحلال في الملك وغيره خلاء وملاء هل يكون في كونه داعياً الى الوطى دعوة
 النظر لذلك اليه اولا لا اراكم قائلين بذلك الا مكذبا وهرق المس بشهوة بان تنتشر
 الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس او تزاد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل
 ذلك وقوله هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشائخ رحمه الله قال في الذخيرة وكثير
 من المشائخ رحمه الله لم يشترطوا الانتشار وجعلوا احد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويستهي
 جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رح قال في النهاية
 هذا اذا كان شاباً قادراً على الجماع فان كان شيخاً او عنيافاً فحد الشهوة ان يتحرك قلبه

قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهااء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لا يفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملازمة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر ظاهر ولومس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به شمس الاسلام الا وزجني رح وجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لا توجب خلا فيها والذي اختاره المصنف رحمه الله في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد رحمه الله في باب اتيان المرأة في غير ما تاها من الزيارات ان الجماع في الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطئ والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال وهو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لان يكون معناه ان حرمة المصاهرة يثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبت لا تستط ابداء وان اطلق امرأته طلاقا بائنا او رجعا لم يجزله ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال او ثلث جاز لا تقطع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا الوطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد * ولنا اننا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لوجاءت بولد يثبت النسب منه فان هذه كذلك مادامت في العدة ولا نزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

على النكاح فلو لم يكن النكاح قائماً حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل وإذا كان النكاح قائماً كان عمل القاطع متأخراً كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الأخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه أنا لا نسلم وجوبه على إشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لأكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج إذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه إذا انكره دليل على أنه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه إشارة إلى أن الوطئ في العدة من طلاق ثلث لا يكون زناً إذا لو كان زناً لما ثبت به النسب وأن ادعى وأن سلمنا ذلك بناءً على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال إن من طلق امرأته ثلثاً ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد إذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار أن الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا وقوع الوطئ في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لا نأخذ اتفاقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك إلا باعتبار الحكم بقيام النكاح وقلنا بقيامه في حق التزوج بالاخت احتياطاً في التفادي عن الجمع بين الاختين **قوله** ولا يتزوج المولى أمته ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبداً خلافاً لنفاة القياس استدلو بقوله تعالى فانكحوا ما طأب لكم من النساء وقوله فمن ما ملكت أيما نكح من فتيا نكح المؤمنات ولنا أن النكاح مآثرع الامتراء بشرات مشتركة بين المتناكحين يعني كما انه يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها وواعيه شرعاً والمنع من الخروج والبروز والتحسين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي ماليتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبراً والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعاً لا يجب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورة ولا خفاء

ولا خفاء في الثاني بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذٍ واجب
بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد
وكونها مملوكة ايضا بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع
اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد
بالنكاح على سببته منافع بضعه لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن
من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعه مالكة بل من حيث
اجزائها فاختلفت الجهة وانتفى الثاني والجواب اننا نسلم انها لم تملك منافع بضعه
فانها تتدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا
من حيث فرضه مالكا فاتحدت الجهة وتحقق الثاني واما الجواب عما استدل به نفاة
التياس من الآية فبانها يعارضها قوله تعالى وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ خاطب الله تعالى المولى بالنكاح الاماء لابنكاهن فان قيل
الآية ساكتة عن بيان نكاهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع
بيان ما يحتج اليه من امر النكاح والساكت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان
بيان ويجوز تزويج الكتاب لقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ
قال المصنف رحمه الله اي العفاف فسره بذلك احتراز عن قول ابن عمر رضي الله عنهما
فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناء على العادة
بدلالة الفرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ
الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَلٌ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلَلٌ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ
مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ فلا خفاء في دلالة على الحل ولا فرق بين الكتابية لحررة والامة
على ما بين من بعد يعني من بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة قال ولا يجوز
تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقهم

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُوْمِنَ وهر بعمومه يتناول الوثنية وهو من يعبد الصنم وغيره واعتراض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وَقَالَتِ الْيَهُودُ عِزْرُ بْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف رحمه الله جواز مستدلا بقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ واجاب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى وَلْتَسْمَعْنَ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قِبَالِكُمْ ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله تعالى لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذاك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في عام البيان فان قيل اتخاذهم اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونها تعظيم الارباب فان قلت فدا تقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنه لقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا نأخذ به لعرائه ان ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذا عن كعب ابن مالك رضي الله عنه **قوله** ويجوز تزويج الصبايات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئة من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا من دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتتصيل المذكور في حكهم مبني على هذين التفسيرين وقوله

وقوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ان انكحتهم
صحيحة عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده وقع
عند ابي حنيفة رحمه الله انهم من اهل الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب
لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذا اختلف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال
ابو حنيفة رحمه الله جاز منا كحتمهم عندهما ايضا وان كانوا كما قال فلا يجوز منا كحتمهم عنده
ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا * ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز تزويج المحرم وليته على هذا الخلاف * له ما روي عن
عثمان ابن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح
ولا يخطب * ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم
وقال ابو عيسى الترمذي حديث ابن عباس رضي الله عنهما حسن صحيح فان قلت النكاح
مما ثبتت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطى اذا كان
الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطى اي لا يطاق ولا يمكن المرأة
ان تطأ كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج
الامة مسلمة كانت او كناية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحران يتزوج بامة كناية
لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذا الولد يتبع الام
في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تدفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكناية
ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرية مانعا من اي من تزوج الامة لاندفاع
الضرورة بالقدرة على تزوج الحرية وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كناية
لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَّةَ وَرُبَاعَ وقوله
وَاحِلَ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكُمْ وَانْتِفَاءُ المانع الذي ابدأه وهو تعريض الجزء على الرق لان فيه

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا من تحصيل الجزء الحرام لانه لم يوجد بعد
وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس
بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة او بتزوج العقيم والعجوز فلان
يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة الاولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان
حرا او عبدا وقال الشافعي رح بجوز ذلك للعبد وقال مالك رحمه الله بجوز برضى الحرة
وجه الشافعي رحمه الله ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعرض
جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا توجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه
مالك رح ان المنع لحق الحرية فاذا رخصت فقد استقطت حقتها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن رح
في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرية وهو باطل لانه
حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر فان قيل جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت
او كناية باطلاق المقتضي على ما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرية بذلك قلت جوزنا
هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف
وهو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله ولان للرق اثر في تصيف النعمة على ما نقره
في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام
ولا علينا ان نقره ههنا وتقريره ان الحل الذي يمتني عليه عقد النكاح نعمة في جانب
الرجال والنساء جميعا فكما ينتصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبدتين
والحرار معا فكذلك ينتصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن
اظهار هذا التنصيف في جانبها بتقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا للواحد
فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرية
وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة
على الحل فتجعل محالة سابقة على الحرية ومحرمة مقترنة بالحرمة ارمنا خرة عنها وهذا

وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق النابت بالدليل القطعي مانع من العمل باطلاق
المقتضي فتأمل فإنه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها نكاحه عليه السلام وتنكح الحرة على
الامة ولانها من المحلات في جميع الحالات لعدم التنصيف في حقها فجاز العمل باطلاق
المقتضي عند انتفاء المانع فان تزويج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او نكاح لم يجز
عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر
ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق
بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة رحمه الله وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع
فاذا تزوجها في عدة اختها صار جازا معا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المانع
فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال
على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولنا ثل ان يقول نكاح الاولى قائم مادامت
في العدة او لا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة
وقد تنقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرأى اخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره
قوله وللحران يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللحران يتزوج اربعا من الحرائر
والاماء او منهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فَانْكَحُوا
مَا دَابَّ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَتِلْكَ رُبَّاعٌ نص على العدد والتنصيص على العدد
يدفع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل
والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه
فتثبت الزيادة بقوله تعالى وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ سلمنا انه عدد لكن لا نسلم ان
التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس
من بول وغائط وقي ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه صلى الله عليه
وسلم نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب من الاول انه بحسب الاصل من الاعداد

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

وَأَن اسْتَعْمَلَ وَصَفًا وَعَنِ الثَّانِي بَانَ مَعْنَاهُ أَنَّمَا يَغْسِلُ الثُّوبَ مِنْ خَمْسٍ مِمَّا يُخْرَجُ مِنْ بَدَنِ الْإِنْسَانِيِّ لِأَنَّ هَذَا الْحَدِيثَ خَرَجَ جَوَابًا لِسُؤَالٍ مِنْ سَأَلَ عَنِ النِّجَاسَةِ وَهُوَ مُنْخَصَرٌّ عَلَى هَذَا الْعَدَدِ فَإِنَّ قِيلَ سَلَّمْنَاهُ لَكِنْ مَقْتَضَاهُ التَّسْعُ أَوْ ثَمَانِيَةٌ عَشْرٌ لِمَا أَنَّ الْوَأُوَّالَ لِلْجَمْعِ وَاجِبٌ بَانَ هَذَا الْوَهْمُ هُوَ الَّذِي أَوْفَقَ الرُّفْضَةَ عَلَيْهِمُ اللَّعْنَةُ فِي التَّسْوِیَةِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَفْضَلِ الْمَوْجُودَاتِ مَعَ اخْتِصَاصِهِ بِذَلِكَ بِغُضْبَةِ النَّبُوَّةِ أَوْ زَيْدًا دَهْمٌ عَلَيْهِ فَإِنَّ مِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ التَّسْعِ وَمِنْهُمْ مَنْ ذَهَبَ إِلَى جَوَازِ ثَمَانِيَةِ عَشْرٍ نَظَرَ إِلَى مَعْنَى الْمَعْدُولِ وَحَرَفِ الْجَمْعِ وَلَكِنْ لَيْسَ الْأَمْرُ عَلَى مَا تَوَهَّمُوا لِأَنَّ الْمُرَادَ بِمِثْلِ هَذَا الْكَلَامِ أَحَدُهُ هَذِهِ الْأَعْدَادُ قَالَ الْقَرَأَ لَا وَجْهَ لِحَمْلِ هَذَا عَلَى الْجَمْعِ لِأَنَّ الْعِبَارَةَ عَنِ التَّسْعِ بِهَذَا اللَّفْظِ مِنَ الْعَمَلِ فِي الْكَلَامِ وَالْكَلامِ الْمَجِيدِ مُنْزَعٌ عَنْ ذَلِكَ وَقَدْ صَحَّحَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَارَقَ بَيْنَ غَيْلَانَ الدَّيْلَمِيِّ وَبَيْنَ مَا زَادَ عَلَى الْارْبَعِ مِنَ النِّسْوَةِ حِينَ اسْلَمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ وَلَمْ يَنْقُلْ عَنْ أَحَدٍ فِي عَصْرِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَلَا بَعْدَهُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ نِكَاحًا وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً أَوْ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَا يَنْدِي نِكَاحَ الْإِمَةِ مُضْرُورِي فِي حَقِّ الْحَرِّ عِنْدَهُ كَمَا تَقْدُمُ وَالضَّرُورَةُ تَنْدَفِعُ بِالْوَاحِدَةِ وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا تَلَوْنَا بِعَيْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ فَإِنَّ اسْمَ النِّسَاءِ يَنْتَظِمُ الْإِمَةَ الْمُنْكَوْحَةَ كَمَا فِي الظَّهَارِ فَإِنَّ آيَتَهُ مَذْكُورَةٌ بِلَفْظِ النِّسَاءِ وَيَتَنَاوَلُ الْإِمَةَ الْمُنْكَوْحَةَ وَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدَانِ يَتَزَوَّجُ أَكْثَرَ مِنْ ثَنَتَيْنِ قَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْحَرِّ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَصْلَ مَلِكٍ وَالْحَرِّ بِالْإِجْمَاعِ فَلَوْلَمْ يَكُنْ بِمَنْزِلَةِ الْحَرِّ فِي حَقِّ النِّكَاحِ لِمَا يَمْلِكُهُ كَمَا أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَالَ وَلِهَذَا أَظْهَرَ هَذَا أَنَّهُ يَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ أَنْ مَوْلَاهُ كَمَا أَنَّ لَهُ أَنْ يَطْلُقَ بِغَيْرِ أَنْهُ وَلَنَا أَنَّ الرِّقَّ مُنْصَفٌ فَظَهَرَ التَّنْصِيفُ فِي الطَّلَاقِ كَمَا وَعَدَهُ الْمُصَنِّفُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَتَزَوَّجُ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ وَالْحَرُّ أَرْبَعًا وَحَالَ مَا بَعْدَهُ وَبَعْدِيَّةٌ وَتَمْلِكُهُ أَصْلَ النِّكَاحِ لَا يَمْنَعُ التَّنْصِيفُ بِالرِّقِّ كَالْإِمَةِ الْمُنْكَوْحَةِ فَإِنَّهَا عَلَى الْحَلِّ فَتَجْعَلُ يَنْصَفُ قِسْمَهَا وَقَوْلُهُ فَإِنْ طَلَّقَ الْحَرُّ ظَاهِرُ قَوْلِهِ فَإِنْ تَزَوَّجَ حَبْلِي مِنَ الزَّانَا

الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان كان الاول فالنكاح
 باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله جاز النكاح
 ولا يبطأها حتى تضع حملها وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل
 اي في الحمل الثابت النسب انبا كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه
 ولهذا لم يجز اسقاطه فالحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلته حرمة
 الحمل ولهما انها من المحملات بالنص وهو قوله تعالى وَاحْلَلْ لَكُمْ مَا وَّرَاءَ ذَلِكَ وكل من كانت
 كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص
 قلت لمكان قوله تعالى وَلَا تَعْرِضُوا عَقَدَةَ الْبَيْتِ حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت
 من المحملات لحل وطئها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطئ كبلایسفي
 ماء زرع غيره وحرمة الوطئ لعرض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة
 الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف رحمه الله
 وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني
 وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان تسبي الحرية حاملا فيريد السابي ان يتزوجها
 لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب
 الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
 باطل لانها فراش لمولاه لوجود حدة وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها
 وكل من كانت فراشا للشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه
 سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها وان لم تكن
 حاملا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان
 فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش
 فعند اجتماعهما يحصل التأكيد فان قيل اذا كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قل لجارية له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقيين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم واجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقربه وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالناسد هناك الباطل ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع والتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمين هون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيهما وهو ظاهر واما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقرب بها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراس لمولاه لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون رحمهم الله يعني عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف رحمه الله فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الويلو الجي الاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطئ حراما فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحباً ولهما انا قد اتفقا على جواز النكاح من قبل زان والحكم

والحكم بجواز النكاح في مثله اضلوة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ
 من شاغل محرم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم
 لا يثبت بلا سبب وانما تقدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب
 فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم
 واما اتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب * ومن تذكر ما سبق من
 المسائل ينظن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف رحمه الله استغناء عنها
 بما تضمن كلامه فيها سبق وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة
 النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز
 النكاح اماراة الفراغ والا لكان حكما يبطل ويجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله
 وكذا اذا راي امرأة تزني ظاهرا وقيل ينبغي ان لا يحل لان احتمال الشغل قائم ودليل
 الحرمة عند معارضة دليل التحل راجح راجب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحمل
 وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب عدم لاصالته ولتقوى الاصاله ههنا بعدم حرمة صاحب
 الماء **قوله** ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة
 اتبع بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لاستمتع بك اياما
 او متعيني نفسك اياما او عشرة ايام ولم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك رحمه الله
 هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه لانه كان مباحا بالاتفاق فينبغي ان
 ان يظهر ناسخه فلما قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة رضي الله عنهم وبيان ذلك انه وردت
 الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية رحمه الله عن علي ابن
 ابي طالب رضي الله عنه ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر
 الا ان الله ورسوله ينهيانكم من المتعة ومنها حديث ربيع ابن ميسرة رضي الله عنهما قال
 احل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلثة ايام فجمعت مع عم لي الى باب

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

امراة ومع كل واحد متابرة وكانت بركة عمي احسن من بردتي فخرجت امراة
 كأنها دمية ميطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردتي وقالت هلا بركة كبردة هذا
 او شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على بركته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى
 الناس عنها ثم اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على ان المتعة قد انتسخت في حياة
 النبي عليه السلام فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهرا لان نسخ الكتاب والسنة
 بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس
 رضي الله عنهما مخالفا جاب بقوله وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم
 روى جابر ابن زيد ان ابن عباس رضي الله عنهما ما خرج من الدنيا حتى رجع عن
 قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك رحمه الله
 نظر فانه يروى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد
 بن علي عن ابيهما عن علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه ان رسول الله صلى الله
 عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر ومن اكل لحوم الحمير الانسية وقال
 في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة واتول
 يجوز ان يكون شمس الاكمة الذي اخذ منه المصنف رحمه الله قد اطلع على قول له على خلاف
 ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل عنده لجوز ان يكون عنده ما يعارضه
 او يترجم عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي
 يفهم من عبارة المصنف رحمه الله في الفرق بينهما شيان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة
 في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع
 ذكر لفظ التزويج او النكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر رح هو صحيح لازم لان التوقيت
 شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه

انه انى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا المقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بين ما اذا طال مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد رحمهما الله انهما ان ذكر من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كما تنة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأيد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك للنكاح ومقتضاه التأيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل للمتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق فاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا الوضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا وما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في فاطعه ولهذا الوضى التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة **قوله** ومن تزوج بامرأتين في عقد واحد هذه المسئلة من الاصل ابي المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تأتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثليهما يعني اذا كان المسمى الفامثلا ينظر الى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصته التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصته الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل للمسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يهلم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امرأتين بالنكاح على التي فاجابت احدهما دون الاخرى ولا يبي حنيفه رحمه الله ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح فيصم الجدار الى المرأة فيه في ان كل واحد منهما ليس بمحل

(كتاب النكاح * فصل في بيان المحرمات)

للنكاح ولو فعل ذلك اذا لم تكن محلا للنكاح اصلا وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك
 ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا خطبهما بالنكاح لانهما قد استويتا في الاجاب حتى
 لو اجابنا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البذل بالمساواة في الاجاب فان قيل اذا لم تكن
 محلا للنكاح اصلا ولم تدخل تحت العقد وجب ان يدخل بها ولا يحد عنده
 اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها
 هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور
 في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة رحمه الله ينفذ ظاهره اوطنا ومعنى نفوذ ظاهره نفوذ
 فيدايننا ثبوت التمكن والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذ باطنا ثبوت الحل
 عند الله تعالى واما في الاملاك المرسلات والميراث فانه ينفذ ظاهره الا باطنا بالاجماع واما
 في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان في رواية الحقها بالاشربة والا نكحة
 من حيث انه يحتاج فيه الى الاجاب والقبول وفي اخرى الحقها بالاملاك المرسلات
 وما ذكره في الكتاب من تحرير المذهب واضح قالوا القاضي اخطأ الحجة اذا شهدت
 كذبة والخطأ في الحجة يمنع من النفوذ باطنا كما اذا اظهر انهم عبيد او كفار * ولا يبي حنيفة
 رحمه الله ان الشهود صدقة عند القاضي لان الفرض انه لم يطلع على شيء مما بجرحهم
 ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك
 امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة
 الشرعية نفذ الحكم ظاهره اوطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالا مارات
 فان قيل القضاء اظهره ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء
 باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني يقدم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء
 كما انه قال انكحك اياه وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطأها ثلاثا متتابعات
 في طلب الرطمي ثانيا وسألني بعض اذكاء المقارنة حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين

واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطع المنازعة فقال
 قطع المنازعة لم ينحصر في الوطى فليطلقها فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة
 وطى لم يسبقه محلل فقلت اتعني بالطلاق طلاقا مشروعاً او غير مشروع لا سبيل الى
 الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضى النكاح لا محالة واما من في
 هذه المسئلة رواية علي رضي الله عنه فانه روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين
 يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فتضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن
 بدايا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهاك زوجاك ولولم ينعقد
 العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عن طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها
 من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاء بمنزلة انشاء
 العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله صلى الله عليه وسلم
 لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشائخنا راح ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة
 السرخسي رحمه الله واخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت
 متعنى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا تراعى شرائطه التي تثبت بها لو كان مقصودا كما
 في قوله أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول
 وقوله بخلاف الاملاك المرسله اي المطلقة من اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا
 مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين شراء او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا
 بالاتفاق حتى لا يحل للمقضي له وطئها لان في الاسباب تراخيا فلا يمكن تنفيذه بيانه ان
 في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا
 بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقصر يد المدعى عليه من المدعى وذلك نافذ منه
 ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح
 لان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه *

باب الاولياء والاكفاء

آخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وأن كانا شرطي النكاح لان حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذهب على ما ذكره في الكتاب واضح وأما وجه من لم يجوز به دون الولي كابن يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي رحمهما الله فما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن محل لانهن سريعات الاغتار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله فان الخلل ينجم به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاغتدار بان هذا التعليل تعليل ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان يأذن الولي او لا غير دافع لانتفاء المطابقة وأما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الزوج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لانسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق يتعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن كفواً في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه وأما على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا معتبر بالعارض من لحوق العار بالاولياء فان قلت هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد أما الكتاب فقوله تعالى فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ نَهَى الْوَلِيَّ عَنِ الْعَضْلِ وَهِيَ الْمَنْعُ وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ الْمَنْعُ إِذَا كَانَ الْمَنْعُوعُ فِي يَدِهِ وَأَمَّا السُّنَّةُ فَمَارُومِي فِي السُّنَنِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ

عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم آية امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب ان الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهم عن النكاح فدل على انهم يملكه وان قوله فلا جناح عليهن فيما فعلن في انفسهن وقوله حتى تنكح زوجاً غيره وقوله ان ينكحن أزواجهن يعارضها واما الحديث فساطا الاعتبار لان ابن جريح سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكرة ولان عائشة رضي الله عنها عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير ذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم للمرأة لازوج لها بكر اكانت او ثيباً هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعاضدين ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمرو وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وقوله انما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرف في خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طالبت به واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم تلد من الزوج واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد ممن يريه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوف علم الولي بذلك فسكت حتى ولدت اولاداً ثم بدأه ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضي في حق النكاح في حق البكر نصاً بخلاف القياس قال كذا كان مكتوباً بخط شيخني وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجزى في غير الكفو يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة

قاض يعدل وهو معنى قوله لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد رحمه الله
 الى قولهما يعني لا ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يوقف على الاجازة **قوله** ولا يجوز
 للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا
 للشافعي رحمه الله وهو مذهب ابن ابي ليلى * له ان الصغيرة اذا كانت بكراتزوج كرها فكذا
 البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر
 النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها * ولذا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرية البالغة وكل
 من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية وقوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه
 على الصغيرة بالمفارق وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لتصور عقلها وفيما
 نحن فيه ليس بموجود لانه قد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار عليها
 كالا جبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لتصور العقل وان كان بالغ لا يجوز فصار
 كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز لاب التصرف فيه وقوله وانما
 يملك الاب قبض الصداق برضا دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها
 ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض
 ذلك لتجهيزها بذلك مع مال نفسه لبيعها بهما الى بيت زوجها فكان ذلك اذا دلالة
 ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح بخالفها وقوله واذا استاذنها الولي ظاهر
 وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان فاستاذن غير ولي وهو الجانب اوقرب
 ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتب او ولي غيره اولي منه كاستيذان الاخ مع
 وجود الاب لا يكون رضى حتى تنكح به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه
 فلم يقع دلالة على الرضاء وقوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل
 الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي
 او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأمر سوا

رسول الولي لانه قائم مقامه وقوله وتعتبر في الاستيمار التسمية يعني اذا استأمر فلا بد ان يسمى الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني ازوجك فسكنت لا يكون السكوت رضى ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبته تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره لان النكاح يصح بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكنت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل رح يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكنت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكنت فلا يتم العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون لازما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون لازما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكن نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان من حقوق العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيع والاشرية والاملاك المرسله ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما شبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيها واخواتها كغزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها والاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التميز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا ووكيلا لم تشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو اخبر الغير بنسبه لم تشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد والعدالة

عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط ان يكون المخبر مديرا
 سواء كان عدلا او ام يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها
 بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وجه الاستدلال ان المشاورة من باب
 لطفاة وهو يقتضى القول من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من
 النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب
 وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذالم يعد عيبا
 لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذالم يكن في معناه لا يلحق به ولان
 السكوت صار رضى لتوفر الحياء فان عايشة رضي الله عنها لما اخبرت ابن البكر تستحيي
 قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع
 من النطق في حقها * واذازالت البكارة بوثبة وهو الوثوب من فوق او حيضة او جراحة او
 تغيس عنست الجارية بمعنى عنست عنوسا اذ اجازت وقت التزويج فلم تنزوج فهي في
 حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيها اول مصيب
 وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار او من البكرة وهي اول النهار ورد بانها
 لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدنا زائلة البكارة
 بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردّها واجيب بان الرد باعتبار فوت وصف
 مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر * ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا لانها تستحيي
 لعدم الممارسة * ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
 والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيها عابدا
 اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانها رجوع اليها في العاقبة او من المثابة
 وهو الموضع الذي يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى او من التثويب وهو الداء مرة بعد
 اخرى واذ كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا

بكر وتقريظه ان الشرع جعل السكوت رضى بعلته الحياء على ما روينا من حديث عائشة رضي
الله عنها واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس مرفوها
بكرافعيونها وفي بعض النسخ فيغيرونها بالنطق فتستحي فتتمنع عن النطق فكانت العلة موجودة
فيكتفى بسكوتها كيلا تعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما قبل هذا تعليل في متابلة
النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلته منصوص عليها
لا تعليل في متبالته فان قيل لانسلم ان هذا عمل بعلته منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء
يكون من كرم الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من افرادة حتى يدخل
تحت النص اجيب بان هذا الحياء اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشيتها
فكان كالضرب من التأنيف فيلحق به وقوله بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفى
بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لا يكون اذ نها بسكوتها عدم الحياء ثم لان
الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب اما الزنا فقد ندب
الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد عليها او بصبر ورته عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل
يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا لانها داخل تحت اسم البكر في لسان الشرع
وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشائخ رحمهم الله
وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى
بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض
بناء على ان السكوت عدم الكلام ولا شك في تقدمه على عروض الكلام فصار كما لمشر وطله
الخيار اذ ادعى الرد بعد مضي المدة فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم
العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي
السكوت **قوله** ونحن نقول ظاهر وحاصله انا نعتبر الانكار المعنوي زفر رحمه الله يعتبر
الانكار الصوري وقوله بخلاف جواب من قياس زفر رحمه الله ووجهه انا نجعل القول

لمن يشهد له الظاهر والزوم قد ظهر بمضي المدة ولهذا كان القول للساكت وان اقام الزوج
البنية على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت
عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد
محيطاً به كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى
وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم
الشاهد لما انه لو قاله لسمعه الشهود * وان اقاما البنية قال الامام الثمراشي بينتها اولى لانها
ثبت الرد وهو ثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقامها على انها اجازت اورضيت
حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته الزوم وان لم تكن له بينة فلا يمين
عاليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاختلاف في الاشياء الستة وسأيتك
في الدعوى ان شاء الله تعالى **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة بجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي بكر اكانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب
العصبات في الارث وقال مالك رحمه الله وليهما الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند
عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة
بكر فان كانت ثيبا لا ولاية عليها حتى لو زوجهما الاخ او العم او زوج البنت الصغيرة الاب
او الجد كرها لا ينعقد النكاح ووجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرمة مع قيام المنافي
باختار الحاجة ولا حاجة في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما غير ان ولاية الاب تثبت نصا
على خلاف القياس فان ابا بكر رضي الله عنه زوج عايشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه
وسام وهي بنت ست سنين وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو
الجد فلا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء للاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية
على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لانسلم ان الولاية
على الجزء على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التماسل

من التنازل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل وقت فانبتنا الولاية في حالة الصغرا حراز الكفو لكل من يتأتى منه الاحراز ابا كان او غيره ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقتة وبعد قرابته ولهذا اي ولقصور شفقتة لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى كان اولى * ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كما لا وقصورا لقرب القرابة وبعد هالكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فاطهرناه في سلب ولاية الالتزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا وجدنا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قد اوقع خلا لقصور الشفقة والنظر فسحنا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يملكه، توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا تقييد الولاية الاملزمة ولا التزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي رحمه الله في المسئلة الثانية ان الثبابة سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثبابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية وهو الحاجة قد تحقق للصغير والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثبابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا لما للصغير فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون

(كتاب النكاح * باب الاولياء والاكفاء)

مدارا فلما ثبتت الصغر ثبتت الولاية ثم الذي يؤيد كلا مناهما تقدم يعني من اطلاق
الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذ ازوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم
النكاح الى العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا
بالاب والجد بجامع داعية القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة خصص الاخ ليعلم به حكم
سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد وقوله فينطرق الخلل الى
المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه
ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقصيرها وهذه المقاصد اهم
من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد ببلغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقتة ربما
لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيندرك بخيار الادراك وقوله واطلاق الجواب في غير
الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله
فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله وهو الصحيح احتراز عما روى
خالدين صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذ ازوجها القاضي
لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره
في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الآخر يعني
القاضي ألا يرى ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم واذ ثبت لهما الخيار
في تزويجهما ففي تزويج القاضي أولى **قوله** ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ
القضاء لان الفسخ ههنا يدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا
اي ولتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية
يمكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما
اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما
خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليهما فان الزوج قبل محققا كان يملك عليها

عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعنق وهو امر جلبي ليس
للا كف فيه مجال حتى يحتاج الى الالتزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك
مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العنق يستلزمها ووجود الملزوم بدون
وجود اللازم محال فكان لها ان تدفع اصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة
واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع
للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعتق ونقض الاصول واجيب
بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب الزام الضرر المرضي فان الزوج حين
تزوج الامة عالمها بخيار العنق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر بخلاف
الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العنق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها
بمرضي فكان ضائرا فاذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره وقوله
ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف
رحمه الله لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجدة وحاصل ما ذكره
ههنا امور تقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعنق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في
الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العنق والثاني ان خيار البلوغ يشبه للغلام والجارية وخيار
العنق يشبه للجارية وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكت
بطل خيارها سواء كانت عالة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالة فظاهر واما اذا
لم تكن عالة فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تنفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
بخلاف ما اذا لم تكن عالة بالنكاح فسكت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف
الابن والولي بفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل
سواء كانت جاهلة بالعنق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى يتفرد به واما الثاني

(كتاب النكاح * باب الاولياء والاكفاء)

ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت ويجيء منه بالجزم ما يعلم انه رضى وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبار هذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكنت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضى بل لابد من الرضا صريحا ودلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لابد من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره ان خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكنت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكنت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا وما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام من المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره ان خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيبيح وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ يثبت لعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضى دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الایجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاء الله عن المحصلين خبرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت له الخيار وكل خيار يثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون

المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه
 اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضى يعنى والرضاء يسقط خيار البلوغ وخيار
 الاعتاق اما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا
 وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعنى سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح
 من الاثنى والطلاق اليها والغائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول
 لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج
 ثلث تطلقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح من الاثنى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر
 الى آخر المسئلة **قوله** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية
 القائمة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية
 نظرية ولا نظري التقيض الى هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز من تحصيل الكفو
 واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعنى الولاية
 الشرعية ولا معتبر بالحسية منها وقوله ولغير العصابات من الاقارب يعنى كالاخوال والخالات
 والعمات ولاية التزويج عند عدم العصابات اى عصبة كانت سواء كانت عصبة بحل
 النكاح بينه وبين المرأة كابن العم ولم يحل كالعم ومولى العتاقة عصبة من العصابات ثم
 عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصابات الام ثم ذوالارحام الاقرب فالاقرب البنات ثم
 بنت الابن ثم بنت البنات ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت الابن ثم بنت بنت البنات ثم
 الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال
 والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن
 نصبة القاضي اذا شرط تزويج الصغائر في عهدة مشورة اما اذا لم يشترط فلا ولاية له
 وقال محمد رحمه الله لا ولاية لغير العصابات وقول ابي يوسف رحمه الله في ذلك
 مضطرب ذكره مع ابي حنيفة رحمه الله في كتاب النكاح ومع محمد رحمه الله

(كتاب النكاح * باب الاولياء والاكفاء)

في كتاب الولاء وقوله لهما ما روينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات
 عرف الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس
 فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفو والصيانة الى العصبات
 ولا يى حنيفه رحمه الله ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو
 المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز
 اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات
 والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي * والقول
 بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى
وَالْأَرْحَامُ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ولكون التوريث مبنيا على الولاية وقوله واذا عدم الاولياء
 يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم
السلطان ولي من لا ولي له واما الحاكم وهو الناصي فانما يملك الانكاح اذا كان
 ذلك في عهدة منشورة كذا في فتاوى قاضيخان وقوله فاذا غاب الولي الاقرب يعني
 الاب غيبة منتطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجدان بزواج وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك
 وقال الشافعي رحمه الله بزواج السلطان لفر رحمه الله ان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت
 حقا لصيانة القرابة من نسبة غير الكفو اليها والحق القائم لشخص لا يبطل بالغيبة ولهذا
 لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كانت الولاية للاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد
 ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه وكلنا
 المقدمتين ظاهرة ففوضناه الى النظر الى الابد وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة
 الى جواب الشافعي رحمه الله كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان
 بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب من قول زفر رحمه الله
 ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لان سلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة

القربة وقرب التدبير والاقرب عكسه فنزلا منزلة ولين متساويين فاليهما عقد نفذ فلا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنتطعة وهو ظاهر وقوله وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام علي السغدري والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ المزوزي وقوله لانه لا نظري ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام ناصب خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه تكون فية منتطعة وقوله لانه او فرشفقة من الابن بدليل ان ولاية الاب نعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالغرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب عن محمد رحمه الله *

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان اعدامها يمنع الجواز ويمكن الاولياء من الفسخ احتاج الي ان يذكرها في فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفو وهو النظير من كافاه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلى الله عليه وسلم الا لايزوج النساء الا الاولياء ولايزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رض ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة والنكاح شرع لا نظامها ولا ينتظم بين غير المتكافئين لان الشريعة تايين ان تكون مستقرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبها بخلاف جانبها لانه مستقرش فلا يغيظه دناءة الفراش وافازوجت المرأة نفسها من غير كفوء فلاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار من انفسهم يعني ما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية

(كتاب النكاح * فصل في الكفاءة)

والدين والمال والصنائع أما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري رضي الله عنه يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لافضل لعربي علي عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تأيد ذلك بقوله تعالى إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ولنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن بطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي الاعاجم لان العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض رجل برجل والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار بالفضيلة بين قبائلهم الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنته عثمان رضي الله عنه وكان من بني عبد شمس وانما قل في الموالى رجل برجل اشارة الى ان السب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاضل فيهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة رضي الله عنهم بالانساب وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لاب لي سواء وقوله وعن محمد رحمه الله الا ان يكون يعني قال محمد رحمه الله لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قريشية من اولاد الخلفاء قريشا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض قال المصنف رحمه الله كانه يعني محمدا رحمه الله قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة وقوله وبنو باهلة باهلة من قيس ابن خيلان وهي في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معد بن اعصر بن سعيد بن قيس بن خيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي والاعرابى واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم

لأنهم معروفون بالخساسة لأنهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولأنهم كانوا يطبخون عظام المدينة ويأخذون الدسومات منها قال قائلهم (شعر) فلا ينفع الأصل من هاشم * إذا كانت النفس من باهلة * ونزله واه الموالي ظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف أي في تعريف الشخص في الشهادة فإن الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف رحمه الله ولا حاجة إلى ذكر الجدة عندهما لا بد من ذكر الجد وقوله ومن أسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له أب واحد في الإسلام نقل في النهاية عن الإمام المحبوبي أن هذا في الموالي واه في العرب فإن من لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفوا لمن له أب في الإسلام لأن العرب يتفاضلون بالنسب فيعدون النسب كفواً للنسب آخر إذا كانوا مسلمين وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ومفاخرتهم بالإسلام فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ولا يعده كفواً له والكفاءة في الحرية نظيرها أي نظير الكفاءة في الإسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فإن العبد لا يكون كفواً لمن هي حرة الأصل وكذلك المعتقد لا يكون كفواً لها والمعتقد أبوه لا يكون كفواً لمن لها أبوان في الحرية لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعير في حكم الكفاءة بسببه وروي عن أبي يوسف رحمه الله أن الذي أسلم بنفسه أو اعتق إذا أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفواً له **قوله** وتعتبر أيضاً في الدين أي في الديانة وتعتبر أيضاً الكفاءة في الدين وهي التقوى والحسب والصلاح وهو كإرم الأخلاق وإنما فسر الدين بالديانة لأن مطلق الدين الإسلام ولا كلام فيه لأن الإسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة إنما الكلام في حق الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة وهذا أي اعتبار الكفاءة في الديانة قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه أي الدين بمعنى الديانة من أعلى المفاخر والمرأة تعير بنفسق الزوج فوق ما تعير بضاعة النسب فلما كان النسب معتبراً فيها كانت الديانة أولى بالاعتبار وقوله رابن يوسف رح

(كتاب النكاح * فصل في الكفاءة)

رحمه الله معه هو الصحيح اي قرآن قول ابي يوسف رحمه الله مع ابيه ، حنيفة رحمه الله حتى
تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى
عن ابي يوسف رحمه الله انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذامروا يكون
كفوًا قالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة
عند الناس وقال محمد رحمه الله لا تعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور الآخرة فلا تبني عليه
احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على فناء بعرض الكف ويسخر منه او يخرج
الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه حينئذ لا يكون كفوًا لامرأة سالحة من اهل
البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصنع وتعتبر الكفاءة في المال
وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا رحمهم الله حتى
ان من لا يملكها ولا يملك احدهما لا يكون كفوًا اما للمهر فلانه بدل البضع فلا بد من
اينائه واما النفقة فلان قوام الازواج ودوامه بها والمراد بالمهر قد رما تعارفوا تعجيلة لان
ما وراءه مؤجل عرفا ليس مطالب له فلا يسقط الكفاءة وقوله وعن ابي يوسف رحمه الله
هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الكفو
هو الذي يقدر علي المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو
قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفوًا قال الصدر الشهيد رحمه الله في تعليقه لان
المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل وبعد المرأة على المهر بيسار بيه واه وجدة وجدته ولا يعد
قادر اعلى النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة
الدارة وقوله فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك
روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البطار كفوًا للقطار وفي رواية قال الموالى
بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا
ان يفحص كالحجام والحائك والدياغ ووجه الروايتين على ما ذكره في الكتاب راصم قوله وانما

وإذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها إذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها
 فلا ولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها
 وقال ليس لهم ذلك قال المصنف رحمه الله وهذا الوضع أي وضع القدوري
 هذه المسئلة على هذا الوجه إنما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله
 المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه فانه
 لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وأقول هذا إنما يستقيم
 ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزوج
 ولم يسم مهرا فعدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد رحمه الله الاول
 وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الأكره
 ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد رحمه الله الاول فلم يكن
 في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد رحمه الله إلى قولهما والوجه من الجانبين على
 ما ذكره في الكتاب وأصح وقوله فاشبه الكفاءة يعني في تعبير الأولياء بكل واحد منهما
 واعترض بان الشرع قد ندبنا إلى رخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبي
 صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته في غير الكفاءة وزوجهن بادنئ الصدق فانه ما زاد
 على أربع أواق ونش أي نصف أوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة
 بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه التشبيه
 ما ذكرناه من تعبير الأولياء وهو وصف مؤثر في الباب وأما ان لا يكون بين المشبه والمشبه به
 فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه أحد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الإبراء بعد التسمية
 جواب من قولهما كما بعد تسميته وذلك لان الأولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما
 يعدونه ضربا من اللوم في العادات وقوله وإذا زوج الأب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى
 هذا الكلام انه لا يجوز العقد بآنها ان هذا الكلام وهو قوله وقال لا يجوز الخط والزياة الأبا

(كتاب النكاح * فصل في الوكالة في النكاح وغيرها)

يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوزلان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا وتزوجها على خمر او خنزير وهو قول بعض مشائخنا رحمهم الله وقال آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف رحمهم الله لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب بابل من القيمة بغبن فاحش واشترى باكثر منها بذلك ولهذا الايهلك ذلك غيرهما ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر تقريره النظر والضرر في هذا العقد باطلان لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطلان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرائس فيجوز ان يكون نظرا لاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان الضرر والنظر باطين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبره خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر وما في غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في الترويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر *

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولي عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصله على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر الشافعي رحمهما الله لاشراكهما في معنى وهو ان الواحد

الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي رحمه الله الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وبناءة على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا تناف في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالنسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي الاجاب والقبول لان الواحد لما نام مقام الاثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج الى القبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله وله مجيزاي قابل يقبل الاجاب سواء كان فضوليا آخر او كيلا او اصيلا وقوله لان العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هي الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم والالجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى واذ لم يكن قادرا كان كلامه لغوا * ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهي الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولا ضرر في اعتاده لكونه غير لازم موقوف على الاجازة فيعتقد موقفا فان رأى فيه مصلحة نكده والآبطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يقدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متأخر الى شروط الخيار وقوله من قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير مجيز فاجازة جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحمدي ههنا

(كتاب النكاح * باب الاولياء والاكفاء * فصل في الوكالة في النكاح وغيرها)

سنت مسائل ثلث منها تنق على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل منه فضولي آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي او قال زوجتها منك او قالت المرأة تزوجت نفسي من فلان الغائب وقبل من فلان فضولي تنق العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احدها ما ذكره اولاً وهو قوله ومن قال اشهد والاني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة تزوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهذا غائبان ولم يقبل احدهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولاً وعلى قوله آخر يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان ما موراً من الجانبين نفذ اذا كان فضولياً يتوقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداءً فكذا باعتبار الاجازة انتهاءً لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شرط العقد لانه شرط حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالنيام قبل قبول الآخر ولو كان مقدماً تاماً لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشرط العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأموه من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير ككلامهم وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واختاره اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازماً لا يقبل الرجوع واليمين تتم بالخالف فكان عقد تاماً وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجي وقوله

وقوله ومن امر رجلان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين لا يخلو ما ان يكون التوكيل بامرأة معينة او غيرها والثاني مسألة الكتاب وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ولا يصح نكاح احد بهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممثلا امره في احد بهما ولا يبعد ان تكون احد بهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير قبيدة بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة او حرة عتقاء ومقطوعة البدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما لما قبل قبيدة بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله لغيره لانه لو تزوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واثار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فلان لفظا امرأة مطلقا يقع على الحرية والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرية والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكتفاء قال الكسائي رحمه الله دلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما كذا ذكره في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم يستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحريرات يتزوجون الاماء للتسهيل او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نؤمن لفظي نحو الدابة يقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيد الاطلاق اللفظ لان اطلاق

(كتاب النكاح * باب المهر)

اللفظ تصرف لفظي والتقييد بقاله ومن شرط التقابل اتحاد السجل الذي يردان عليه وقوله وذكر يعني محمدا رحمه الله في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في الوكالة كما ذكره في الكتاب وهو واضح *

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكمه والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسام المهر والصداق والتحلة والاجر والفريضة والعقرا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فَاَنْكُحُوا وَالنِّكَاحَ لُغَةً لَا بُدَّ مِنَ الْاِصْطِحَامِ وَالْاِزْدِوَاجِ فَيَتَمُّ بِالْمُتَنَاقِحِينَ وَلَوْ شَرَطْنَا التَّسْمِيَةَ فِيهِ زِدْنَا عَلَى النَّصِّ فَإِنْ قِيلَ الْمَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا فَكَيْفَ يَصِحُّ النِّكَاحُ مَعَ السَّكُوتِ عَنْهُ أَجَابَ بِقَوْلِهِ ثُمَّ الْمَهْرُ وَاجِبٌ شَرْعًا يَعْنِي أَنْ وَجُوبُهُ لَيْسَ لِصَحَّةِ النِّكَاحِ وَأَمَّا هُوَ لَا بَأْسَ شَرَفِ الْمَحَلِّ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِصَحَّةِ النِّكَاحِ فَإِنْ قِيلَ هَذَا دَعْوَى فَلَا بُدَّ مِنْ دَلِيلِهَا قُلْتُ دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ حُكْمُ بِصَحَّةِ الطَّلَاقِ مَعَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ وَلَا يَكُونُ الطَّلَاقُ إِلَّا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فَعَلِمَ أَنْ تَرُكَ ذِكْرَهُ لَا يَمْنَعُ صَحَّةَ النِّكَاحِ وَكَذَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدُ انْضِمَامٍ فَيَتَمُّ بِالزَّوْجَيْنِ وَقَوْلُهُ فِيهِ أَيْ فِيمَا إِذَا تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا خِلَافَ مَا لَمْ يَكُنْ رَحِمَهُ اللَّهُ يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَالَ لِأَنَّهُ مُقَدِّمُ مَعَاوِضَةٍ مُلْكٍ مُتَعَةٍ بِمُلْكٍ مَهْرٍ فَيُفْسَدُ بِشَرْطِ نَقْيِ عَوَضِهِ كَالْبَيْعِ بِشَرْطِ أَنْ لَا ثَمَنَ وَيَحْتَاجُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ وَشَرْطِ أَنْ لَا يَكُونَ مَهْرًا إِذَا الْقِيَاسُ عَلَى الْبَيْعِ يَقْتَضِي شُمُولَ الْعَدَمِ وَفَرْقَ بَيْنَهُمَا حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي الْمَتْعَةِ كَمَا سَجَّيْ فَلَمَّا دَلَّاهُ حَدِيثُ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى جَوَازِ أَنْ يَنْفِيَ الْمَهْرَ كَدَلَالَتِهِ

كدلالته على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا بشرط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمن في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتدال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة دراهم انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ألا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى ان تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ به لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم بما روي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه اثر صغرة فاخبره انه تزوج فقال صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم ولم وبشارة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي الا ازار ي فقال صلى الله عليه وسلم فالتمس شيئا ولو خائنا من جديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال صلى الله عليه وسلم زوجتكها بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض فنحنكم محض * والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا

(كتاب النكاح * باب المهر)

مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ لَانَ الْفَرَضَ بِمَعْنَى التَّقْدِيرِ فَكَانَ الْمُرَادُ بِأَمْوَالِكُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى
 أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مَا لَا مَقْدَرُ لَكُمْ فِيهِ مِنْهُ هَذَا لِأَنَّ كُلَّ مَالٍ أَوْجِبَهُ الشَّرْعُ
 تَوَلَّى بَيَانِ مَقْدَارِهِ كَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَغَيْرِهِمَا فَكَذَلِكَ الْمَهْرُ وَعَنِ الثَّانِي بَأَنَّ الْحَدِيثَ
 يُدَلُّ عَلَى مَا يَعْجَلُ بِالسُّوقِ إِلَيْهَا أَمَا فِي حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ فَلَانَهُ مَصْرُوحٌ بِهِ وَأَمَا فِي الْحَدِيثِ
 الْآخِرِ فَلَانَهُ أَمْرٌ ذَلِكَ الرَّجُلُ بِالْإِلْتِمَاسِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَقْدَرٍ عِنْدَنَا وَلَيْسَ كَلَامُنَا فِيهِ وَإِنَّمَا
 كَلَامُنَا فِي الَّذِي ثَبِتَ فِي الذِّمَّةِ وَعَنِ الثَّالِثِ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ مَا يَشْتَرِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عَمِلَتْ بِخِلَافِهِ
 وَلَوْ لَمْ تَعْرِفْ نَسْخَهَا مَا عَمِلْتَ ذَلِكَ فَقَامَ دَلِيلُ النَّسْخِ فِي الْأَوْلِيَاءِ دُونَ غَيْرِهَا وَلَا يُلْزَمُ مَنْ
 تَرَكَ الْعَمَلَ بِالَّذِي قَامَ عَلَيْهِ دَلِيلُ النَّسْخِ تَرْكُهُ بِمَا لَمْ يَقُمْ وَلَا التَّحْكُمُ وَقَوْلُهُ وَلَانَهُ حَقُّ الشَّرْعِ
 أَيْ الْمَهْرُ حَقُّ الشَّرْعِ مِنْ حَبِثُ وَجُوبِهِ عَمَلًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ
 عَلَى مَا عَرَفَ فِي الْأَصُولِ وَكَانَ ذَلِكَ لِأَظْهَارِ شَرَفِ الْمَحَلِّ فَيَتَقَدَّرُ بِمَالِهِ خَطَرُ وَهُوَ الْعَشْرَةُ
 اسْتِدْلَالًا بِإِنْصَابِ السَّرِقَةِ لِأَنَّهُ يَتَلَفُ بِهِ عَضْوٌ مُحْتَرَمٌ فَلَا يَتَلَفُ بِهِ مَنَافِعُ بَضْعِهَا كَانَ أَوَّلَى
 وَلَوْ سُمِّيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا الْعَشْرَةُ عِنْدَنَا وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ مَهْرُ الْمَثَلِ لِأَنَّهُ تَسْمِيَةٌ
 مَا لَا يَصْلُحُ مَهْرًا كَأَنَّهُ دَامَهُ كَمَا فِي تَسْمِيَةِ الْخَنْزِيرِ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَوَجْهُ الْاسْتِحْسَانِ أَنَّ فُسَادَ هَذِهِ
 التَّسْمِيَةِ أَمَّا الْحَقُّ الشَّرْعِيُّ فَقَدْ صَارَ مُتَضَاعًا بِالْعَشْرَةِ وَأَمَا بِاعْتِبَارِ أَنَّ الْعَشْرَةَ فِي كَوْنِهَا صَدَاقًا
 لَا يَنْجِزِي فَذَكَرَ بَعْضُ مَا لَا يَنْجِزِي كَذَكَرْ كُلَّهُ كَمَا لَوْ أَضَافَ النِّكَاحُ إِلَى نَصْفِهَا صَحَّ فِي جَمِيعِهَا
 وَأَمَّا الْحَقُّهَا وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى الْعَشْرَةِ فَقَدْ رَضِيَ بِسُقُوطِهِ لِأَنَّ الرِّضَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ رَضِيَ بِالْعَشْرَةِ
 وَأَمَا بِاعْتِبَارِ أَنَّهَا بِرِضَائِهَا بِمَا دُونَ الْعَشْرَةِ اسْتَنْطَتِ حَقُّهَا وَحَقُّ الشَّرْعِ عَلَى مَا قَرَّرْنَا إِنَّمَا كَانَ
 حَقُّهَا فَقَدْ سَقَطَ لَوْلَا يَتَهَا عَلَى نَفْسِهَا وَمَا كَانَ حَقُّ الشَّرْعِ فَلَمْ يَسْقُطْ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ
 وَلَا مَعْتَبَرٌ بِانْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ كَأَنَّهُ دَامَهُ يَعْنِي لَيْسَ هَذَا الْقِيَاسُ صَحِيحًا لِأَنَّهَا
 قَدْ تَرْضَى بِالنَّمْلِكِ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ نَكَرَ مَا وَلَا تَرْضَى فِيهِ بِالْعَوْضِ الْبَسِيرِ فَلَا يَكُونُ عَدَمُ
 التَّسْمِيَةِ دَلِيلًا عَلَى الرِّضَا بِالْعَشْرَةِ فَلِذَلِكَ لَا يَجِبُ الْعَشْرَةُ وَإِنَّمَا يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ بِخِلَافِ

بخلاف الرضا بما دون العشرة فإنه رضى بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة
عندهم ووجب المنة عنده كما إذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرًا عشرة أعلم أن
المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه
من الخلوة الصحيحة و بالموث أو بالدخول فلأنه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه
أي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به
وجوب تسليم الثمن فإن وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدًا كدالكونه على
عرضية أن يهلك المبيع في يد البائع و ينفسخ العقد و بتسليمه يتأكد وجوب الثمن
على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية أن يسقط بتقيل ابن الزوج
والارتداد والعياذ بالله والدخول تأكدًا وأما الموت فلأن النكاح ينتهي به نهايته حيث
لم يبق قابلاً للدفع والشئ بانتهائه يتقرر رويًا كذا فيجب أن يتقرر بجميع مواجبه الممكن
تقريبها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن
تقريبها احترازًا عن النفقة وحل الزوج بعد انقضاء العدة فإن النفقة لا تجب بعد الموت
ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح وأما الذي يقوم مقام الدخول
فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله فإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف
المسمى لقوله تعالى وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ
مَا فَرَضْتُمْ وهونص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والايسة متعارضة جواب عما يقال
ينبغي أن يسقط الكل لأن الطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالماً إليها فيجب
أن يسقط كل البدل كما إذا ابتاعها ثم أقالا وجهه أن الايسة متعارضة قياس يقتضي ذلك
كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لأنه فوت ماملكه باختياره وذلك يقتضي
وجوب كل المهر كما لمشتري إذا اتلف المبيع قبل القبض وإذا تعارض القياسان وجب
المصير إلى النص وفيه بحث من أوجه الأول أن القياس لا وجود له على مخالفة

(كتاب النكاح * باب المهر)

النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحججتين كان المصير الى ما بعدهما
لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يترك ابل
يعمل المجتهد بايهما شاء اجيب من الاول بان ذكر معارضة القياس ههنا ليس لاثبات
الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما والمخالفة كل منهما
النص فصاركانه قال فوجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول
فانا لو خيلنا مجرد القياس وعملنا به على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل
بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص
وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها
بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يريد ما في التعارض هذا الحسن ما وجدته في الاعتذار
في هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم

قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهورا خيرا للمفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها فلهما
مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا الومات وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول * له ان المهر خالص حقها فتتمكن
من نفقه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء * ولنا ان المهر وجوباً حق الشرع كما مروا نما
يصير حقها حالة البقاء فتملك البراء دون النفي اذا اصل ان تلاقي التصرف ما تملكه

دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ
قَدْرُهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتِرِ قَدْرُهُ ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طنقتم النساء ما لم
تمسوهن او تقرضوهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق
في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا
وذلك يقتضيه ايضا وذكر بكلمة على فهذه المتعة واجبة عليه عندنا رجوعا الى الامر وغيره
وفيه خلاف ما لك رحمه الله فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها

سمها احسانا بقوله تعالى حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدرا ومؤكد بقوله مَتَعَوْهُمْ والمراد به هذه المنفعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في عَلَى الْمُؤَسَّعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِدِّهِ مَتَاعًا وَحَقًّا وكلمة على في قوله عَلَى الْمُحْسِنِينَ كلها تقتضي الوجوب وتأكيده فاما ان تبطل ذلك كله لاجل لفظ الاحسان او تأوله لاراك تعدل عن التاويل فتأوله بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويريدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمنفعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القزوان كانت مرتفعة الحال فمن الابرسم وهذا التقديري تقدير العدد مروى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما وذلك لان المرأة تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادية فتكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المنفعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي رحمه الله عملا بالنص وهو قوله تعالى عَلَى الْمُؤَسَّعِ قَدْرُهُ اي على الغني بقدر حاله وَعَلَى الْمُقْتَرِدِّ اي على الفقير المثل بقدر حاله ثم المنفعة اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالة فيصار الى خلقه وهو المنفعة فلا يزداد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المنفعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمنفعة خلف ولا مهر اقل عن عشرة دراهم فلا منعة اقل

(كتاب النكاح * باب المهر)

من خمسة وان لم تكن فلها المنة عملاً بالنص فان قيل نص المنة طاق من هذه التفاصيل
ففيه التقييد له وهو نسخ فاجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على
ان المهر متدرج شرعاً والايجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهرة مهر المثل بيان لذلك المقدر
المجمل وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لامهرا قل عن عشرة دراهم فكان معارضا الآية المنة
والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كانت القواعد الاصولية على ذكر مكرم
وان تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها
بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المنة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول
نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض والمفروض ينصف
بالمطلق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولان هذا الفرض تعيين للموجب بالعقد
وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه ان يدخل بها مهر المثل والمفروض جميعا
اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية
فكان كما اذا سمى لها مهراً ثم زادها شيئاً بانها يلزمه على تنديري الدخول والموت
لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينه له مهر المثل لا ينصف فكذا ما انزل
منزله والمراد بالتالي قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا
زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافاً للفرقة رحمه الله فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلحق
باصل العقد ان قبضت ملكك والا فلا ووعده المصنف رحمه الله ان يذكر في زيادة لادن والمشدن
ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في العقد يعني بناء على
ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كما مفروض فيه عدلاً بظاهر
قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة **قوله** واذا
خلا الزوج بامراته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر
وغيره عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع

منافع البضع انما يصير مستوفى بالطوى فلا ينأى كذا المهر ونه لان التاكيد انما يكون بتسليم
المبدل وتسليمها بالطوى ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا
والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فينا كدحقها في البدل
 كما في البيع فان التخليه فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما
 ما ذكره ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالطوى فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة
 المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضاً بيان لما يكون مانعا
 من الخلوة حسبا كان او شرعا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع
 بلا خلاف واما المرض في جانبها فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع
 صحة الخلوة على كل حال وجميع ادواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه
 الله هو الصحيح ووجه ما قال المصنف رحمه الله ان مرضه لا يعرى عن تكسر وقتور
 وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا فله المهر كله لانه يباح له الافطار واكثر من عليه بانه
 ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه النضاء على تقدير الانسان فلا تكون الخلوة صحيحة
 كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم النضاء في التطوع عند الضرورة عيانا للمؤدى
 عن البطلان والثابت بالضرورة يتدرج قدرها فلا يعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء
 رمضان فان لزوم نضائه ليس لذلك بل هو فرض مطلقا فكان اثره عاما وقوله وهذا القول
 في المهر هو الصحيح اي اخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر فعلا للضرورة عنها هو الصحيح
 واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر
 وحاصله ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية
 الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة رحمه الله وهي ان
 صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنع عن الطوى شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤتم
 قوله واذا خلا المجبوب وهو الذي استوصل ذكره وخصياه من الحب وهو النطع

اذا خلا المحبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليه نصف
 المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجمع بخلاف المحبوب والمريض
 مانع من الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة
 الآلة وجود السبب الى الوطى اذا اصل السلامة في الوصف ايضا فidar الحكم عليه
 ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق لانه وسع مثلها في هذه
 الحالة وقد انت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها
 العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا
 لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فبدل عليه ان الزوجين لا يملكان
 اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتدخل واما انها حق الولد فلقلوله صلى
 الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستقين ماء زرع غيره والمقصود منه
 رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأني وقيل
 معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم أطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة
 الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر
 الكرخي وكلامه واضح **قوله** ويستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة تستحب المتعة
 لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمي لها
 مهرا وقال الشافعي رحمه الله يجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي
 وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا تكون المتعة واجبة المفوضة
 الغير المدخول بهالذخلها في قوله لكل مطلقة وهو بناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة
 واجبة ويقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناءها من الاستحباب وقد صرح
 باستحبابها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقهاء وجامع الاسيحياني ويقتضي ان لا تكون
 المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي رحمه الله لانه استثناءها من الوجوب وذكر في الحصر انها

انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب
المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبل الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى
آخرة وهي اختبار الفذوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة
لتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول
وقد سمي لها مهر افتد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما
الشافعي رحمه الله فله في المستثناة قولان في قوله التقديم يجب وهو الذي ذكره صاحب
الحصري في الجديد لا يجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت
المتعة عندنا على ثلاثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون مملوسة
اولا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمى او لا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة
وان كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة وان كانت مملوسة سواء كان مهرها
مسمى او لا تستحب لها المتعة وعند الشافعي رحمه الله هي تنقسم الى واجبة والى غيرها
واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه
للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لا يحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك
يجب ان يجب لكل من او حشت به فالمتعة يجب لكل مطلقة لانها او حشت بالفراق
الا ان في هذه الصورة معنى المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ
معنى في هذه الحالة لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع
لكن الشرع ارجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة ويجب
لغيرها وانما قال وجبت صلة احترامنا عن قولنا ان المهر عوض والمتعة خلف منه والناكدة
تظهر في مسئلتين احدهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحققت
عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب
المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لو حشة الفراق والثانية ان المتعة لا تتراد على نصف المهر

عندئذ لا يزيد الخلف على الاصل و عنده تزداد و لئان المتعة خلف عن مهر المثل
 في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل لما سطر بالطلاق قبل الدخول وجبت المتعة
 و الحال ان العقد يوجب العوض ولا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا بأموالكم على ما عرف
في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعدم مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب
 بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيهم مع الوضوء فثبت انها خلف و الخلف
 لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به و هو كل المفروض عند الطلاق
 بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله و اعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل
 كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول و التسمية و بقوله ولا شيئا منه نصف المفروض كما
 اذا كان قبل الدخول و بعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعاً عن الكلام الاول
 و هو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل و الخلف
 لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل و هو مهر المثل و ايس في ذاك ذكر التسمية كما ترى
 و ليس المدعى الا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضها و مع وجوب مهر المثل
 فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل و المتعة لا تجامعه وجوبا و المراد بقوله ولا شيئا منه
 المسمى و بعضها و من هي من المتصلة كما في قوله تعالى الْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ
مِنْ بَعْضٍ اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه و الخلف و هو المتعة لا تجامع الاصل
 وجوبا و هو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية و لا تجامع شيئا متصلا بالاصل
 و هو كل المسمى بعد الدخول و بعضها قبله فيكون قوله ولا شيئا منه ملحقاً بالثابت بالقياس
 المتقدم لانه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به التحق بحكمه و معنى
 الاتصال بين مهر المثل و المسمى ان كلامهما يقع امتثالا لما هو المهر عند الله تعالى و بيان له كما
 عرف في الاصول و يعضد هذا قوله في آخر كلامه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ليتناول
 مهر المثل و كل المسمى و بعضه و هذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم و قوله و هو غير

فيرجى جواب من قوله اوحشها بالفراق وتقريره سلمنا انه اوحشها بالفراق لكنه لم يكن في
 الابحاش جانبا لانه فعل مافعل باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بموجب المتعة فكان اي المتعة بتاويل
 المتاع من باب الفضل اي الاستحباب **قوله** واذ ازوج الرجل ابنته واذ ازوج رجلان كل منهما
 بنته او اخته لا خير بشرط ان يزوجها الا خير بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل
 وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط
 كأنهما رفا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي رحمه الله النكاح باطلاق لانه جعل
 نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الاخر صداق ابنته اقتضى
 ذاك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم
 المهر فيلزمه الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الایجاب * ولنا انه سمي ما لا يصلح
 صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمي الخمر والخنزير
 وقوله ولا شركة بدون الاستحناق جواب الخصم بيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا
 لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان تكون مملوكة لامرأة اخرى
 فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الناسدة وان تزوج حرامرة على
 خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد رحمه الله
 لها قيمه خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جازولها الخدمة
 وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا
 او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهر لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم
 والخدمة كذلك لانه اذا استأجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز
 عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حرا او على رعي الزوج غنمها * ولنا ان المشروع
 في عقد النكاح هو الابتناء بالمال لقوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِمَوَالِكُمُ الْآيَةَ والتعليم ليس بمال
 فلا يكون الابتناء به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول

(كتاب النكاح * باب المهر)

يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا وخدمة العبد
 ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع
 جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح
 لما فيه من قاب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما
 لقوله صلى الله عليه وسلم النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهر الهاكون الرجل خادما
 والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بخلاف خلاف خدمة حر آخر برضاه فانه
 يصلح ان يكون مهر الا انه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ولا مناقضة فيه * على انه ممنوع في احدي
 الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاة معنى حيث يخدم مهابا زنه وامرأة بالنكاح
 وهذا مستغنى عنه ظاهر لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن
 ان يقال ذكر المصنف رحمه الله على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء
 بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار
 الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجة فلا مناقضة على انه ممنوع
 في رواية وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال في الدليل ولان المشروع هو الابتغاء
 بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد رحمه الله داخلا
 في قوله ولنا فقوله ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض
 ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولهم ادفعالا للتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه
 داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر
 ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد
 لانه عجز عن التسليم لكان المناقضة فصا كما لمزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة
 وابي يوسف رحمه الله يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ
 لا تستحق فيه اي لا تستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لا استحققت لانه

لأنه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الأهل المضاف إلى المحل وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين أن سماعه في هذا المكان بكلمة أو هكذا أو لا تستحق فيه بحال وهو حسن لمعينين أحدهما أن يكون كل واحد من قوله لأن الخدمة ليست بمال وقوله أو لا تستحق فيه بحال دليل على وجوب مهر المثل ويكون الأول إشارة إلى قوله ولنا أن المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني إشارة إلى قوله ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاتها بعقد النكاح والمعنى الثاني أن قوله أن لا تستحق فيه بحال لا دلالة له على أن الخدمة ليست بمال لا بما لفتته من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لأن الخصم أن يقول لا نسلم أنها لو كانت مالا لا تستحق فيه وقوله لأنه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال نقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا إلى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة أو ولنا أن يقول قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله مستغنى عنه لأنه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن أن يجاب عنه بأنه إعادة تمهيد البيان التعليل بقوله هذا أي وجوب مهر المثل لأن تقومه للضرورة أي لأن تقوم المسمى وهذه الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي إنما تدفع بالتسليم إلى المحتاج فإذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر تقومه فبقى الحكم على الأصل وهو مهر المثل ولو قال فإذا لم يجز تسليمه كان أولى فتأمل **قوله** فإن تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الأولية إلى قسمين إما أن يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود وعلى ما يتعين بالتعيين كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين إما أن يكون الصداق مقبوضا لها لم يكن وكل واحد منهما على وجهين إما أن تهب المرأة الكل أو البعض فإن تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها فهو هبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمس مائة درهم لأن الزوج يستوجب عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرًا بالطلاق قبل الدخول فإنه ينصف الصداق بالنص

ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العتود
والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له
الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته
ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب
عليها رد عين ما قبضته فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو
قول زفر رحمه الله لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق
وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير
ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه ووجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق
وهو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء
ولا يبالى باحتلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر
لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريك
ولي عليك الف درهم لزومه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية
ولو قبضت خدسانه ثم وهبت الالف كلها المتبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج
ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان
هبة البعض اي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلحق باصل العقد فكانه تزوجها
ابتداء على الخمسمائة المتبوضة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف
الصداق بلا عوض وقد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق كمن له
على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا

اذا باعت من زوجها وقوله والخط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حظ ووجه
 ذلك ان الخط انما يلحق باصل العقد اذا كان العقد مغالبة يحتاج الى دفع الغبن عن احد
 الجانبين بالزيادة او الخط والنكاح ليس كذلك واستوضح المصنف رحمه الله بقوله الاترى
 ان الزيادة يعني ان الخط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح
 لا تتحقق باصل العقد حتى لا تنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الخط
 ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة
 مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلاث مائة درهم حتى
 يتم النصف وعندها يرجع عايتها بربع مائة درهم لان عندها ما تسلم للزوج معتبر وعندها
 المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فينصف المقبوض وهو ثمان مائة فلو كان
 تزوجها على عرض فقبضته اولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بهالم يرجع عليها
 بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه
 رد نصف عين المهر على ما امرت به نيريه يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا تبرأ عما
 يستحقه وجهه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
 وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها
 لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينار وهي المسئلة الاولى
 حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا
 لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها
 لانه وصل اليه بيدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق
 قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس
 والحمار ونحوهما لا مطلقا وعروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه
 فانه حينئذ يجب الوسط ما سمي ويثبت دينان في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب

(كتاب النكاح * باب المهر)

يعني اذا وهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكلما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير مقبول وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو راءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبرا باختلاف السبب وقوله وهذا لان الجهالة اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما انحمل في النكاح لا ينافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاستبدال ان لم تهب فطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدينار **قوله** واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم الزوج وعدم المسافرة وطلاق الصرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمي ما صلح مهرها وقد تم رضاها به وان لم يواف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الف لانه سمي مالها فيه نفع حتى رضيت بتقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالا ف يكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمي مع الف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تنعب به وكما لو سمي الهدية مع الف بان يرسل اليها مع الف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة

صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رحمه الله انه ذكر بدقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البذل وهما الالف والالفان فنفس التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطول بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الثمين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجية وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانها لا تدري ان الزوج يخرجها اولا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف رحمه الله لم يذكر وجوه الاقوال واحالها على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجي ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد وعلى هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة رحمه الله مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح في الجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيننا كما في الخلع والاعناق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل ان هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا يقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلث ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الرفع فالمرأة رضيت بالخط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا

(كتاب النكاح * باب المهر)

برضاها وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما رُضيت فيه بالارفع مهر الان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة للمتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف رحمه الله معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيداً ووسط او ردي الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مرادة من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما شبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء وعلى كل ما شبهه ولم تصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداءً ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداءً يعني بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقرار حيث يلزم فيهما ايضاً مال من غير ان يكون في مقابلة عوض ماله فعملنا بمعنى التزام المال ابتداءً وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة و كما في الاقرار فان من اقر الانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكاة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذوحظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينئذٍ لاختلاف معاني الاجناس

الاجناس فانه اذا قال على دابة لم تجد نوعا يتوسط فتلزمه قوله وبخلاف البيع جواب عن
 قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضائفة والمساكنة اي
 المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداءً فيفسد باصل الجهالة اما النكاح
 فمبناه على المساومة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزواج
 متخير ومعناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف
 الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيخير بينهما
 وتجبر المرأة على القبول بأيهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف يعني
 لم يذكر نوعا منه وقوله اذا الثياب اجناس يعني انها تكون قطنًا وكتانًا وبريسما وغيرها
 وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه وان يوصله الى حد يجوز فيه عقد
 السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الزوج يجبر على
 تسليم الوسط وهو قول زفر رحمه الله لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز
 فيه السلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه
 بضرب الاجل صار نظير السلم ووجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل
 ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد وكذا اذا سمي مكبلا او موزونا وسمى جنسه
 مثل ان يقول تزوجتك على كرحنطة او من زعفران ولم يزد على هذا كان الزوج
 مخيرا بين الوسط وقيمه وان سمي جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف
 منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً حالاً او مؤجلاً ولهذا اجاز استقراضه والسلم فيه **قوله** فان
 تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد
 معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبواك الخمر وهذا شرط
 فاسد والنكاح لا يثطل به لان الشرط فيه لا يربوا على ترك التسمية اصلاً وذلك لا يفسده
 فهذا اولى بخلاف البيع لانه يثطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو

(كتاب النكاح * باب المهر)

يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى رد قياس مالك رحمه الله النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كمالو باع عينا بهما وقتلنا لما لم تصح التسمية في نكحها لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل **قوله** فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمد ارحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة رحمه الله في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد رحمه الله والمصنف رحمه الله قدم دليل ابي يوسف رحمه الله وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة رحمه الله وقال فيه لكونها يعنى الاشارة ابلغ في المنصود والتعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى شيء وارادة غيره مستتعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له واخر دليل محمد رحمه الله وكأنه اشار الى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احداهما ان المراد بالمهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده امرا واحدا فيكون التقاوت يسيرا كالعبد والحرة والمهية والذكاة والذكور والانثى في غير انسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه

هوالمشاراليه لان التسمية هناك لاندل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع
الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشاراليه لانه هوالمشاراليه لولا الصفة ولم تعتبر
الصفة لتبعيتها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية
خلاف المشاراليه فيكون المسمى مثل المشاراليه في استحقاق ان يكون مراد اولايكون تابعاله
لان المقتضي لعدم شيء لا يتبعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا
من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشاراليه من غير دلالة على
حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل وازيدك بيانا وهوان كل موضع دلت التسمية فيه
على معنى تحقق المشاراليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت
عاد حراً لعدم الواسطة وكذا في الميته والذكية والذكروالانشى وكل موضع دلت التسمية فيه على
معنى لم يتحقق المشاراليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا
ارتفعت لا يلزمه ان يكون خمر الجوزان يكون عصيرا وكذا ارتفاع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا
لجوزان تكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدتين فاذا احدهما حر فليس
لها الا الباقي اذا ساءى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الاشارة والاشارة
الى الحر نخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها
الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه ابي يوسف رحمه الله ظاهر وكذا وجه
محمد رحمه الله لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل
عنده واذ كان احدهما عبدا يجب العبد وتتمام مهر المثل ان كان مهر المثل اكثر من العبد
والمصنف رحمه الله ذكر في دليل ابي حنيفة رحمه الله قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا
ان الاشارة ابطلت العبد الثاني وقوله وجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال وان اخرجها
فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى

(كتاب النكاح * باب المهر)

ان يعتق ابها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلولم يجب لها الى تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص فلولزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها **قوله** واذا فرق التاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو يعتبر بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد رجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمتوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقويم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل ان زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت ما هذا الاتناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجود قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فاسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما

وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالنسبة بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر رحمه الله وهو واضح وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد فيه من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكأن قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداءها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات وقال زفر رحمه الله يعتبر من آخر الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلث حيض ثم فرق القاضي تعدد عندنا وعندة تكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احتراز عن قول زفر رحمه الله وقوله لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح زفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير الى انه لا بد من مفروق وليس رفع النكاح موقوف على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشائخ رحمهم الله وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا به محضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رافعا حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدا ظاهرا مما تقدم وقوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والقول على قول محمد رحمه الله لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتبار اي اقامة النكاح مقام الوطئ باعتبار ان النكاح داع الى الوطئ والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليقه هذا اشارة

الى فساد قياس ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله **قوله** ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها
اعلم ان مهر مثل المرأة يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام
وقال ابن ابى ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالحالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء
فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان
قيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان جنس من قوم ابيه لا من جنس قوم
امه الا ترى ان الام قد تكون امه والابنة قد تكون قريشية تبعالا بيها ولا يعتبر بامها وخالتها
اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان
من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله قيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه قوله
ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الداراي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة
البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج
واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن التزوج صح
لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين
والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مرادة ان الولي زوج ابنه الصغير
وضمن عنه المهر للمرأة قلت ينبئ عنه قوله ثم المرأة بالخيار وان كانا في الصحة سواء وذكر
في باب الوليمة من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امرأة فللمرأة ان تطالب
المهر من اب الزوج فيؤدى الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا
بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المرأة
بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراء اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه
اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم
الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن

الثلث فلو صح الضمان صار ضماناً لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب
قوله وللمرأة ان تمنع نفسها اذا تزوج امرأة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلاً او مؤجلاً
او بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً فان كان الكل معجلاً فاما ان دخل بها ولم يدخل فان
لم يدخل بها فالمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر كله ولها ان تمنعه من اخراجها الى السفر
ليتعين حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع فصار كالبيع في ان البائع له
ان يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها
من السفر والخروج عن منزله وزياره اهلها حتى يوفيه المهر كله لان حق الحبس لا يستيفاء
المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فذكره وان كان الكل مؤجلاً
فاما ان دخل بها ولم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها استقطت حقها
بالتأجيل وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فان موجب النكاح عند الاطلاق تسليم
المهر اولا عينا كان او ديناً فحين قبل الزوج الاجل مع عليه بموجب العقد فقد رضي
بتأخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا
ليس من موجبات البيع لا محالة الا يرى ان البيع لو كان مقابضة لم يجب تسليم احد
البدلين اولا فلم يكن المشتري راضياً بتأخير حقه في البيع الى ان يوفي الثمن وقوله لا سقطها
حقها بالتأجيل باطلاً فيه يشير الى انه ليس لها المنع لاقبل حلول الاجل ولا بعده
وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب حق الحبس
فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني في الوجه
الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمرأة ان تمنع نفسها حتى
تأخذ المهر وقبل لا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها ما اذا كانت مكرهة وصبية
او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها ان كانت

(كتاب النكاح * باب المهر)

برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتني على هذا
استحقاق النفقة يستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندها لانها ناشرة لهما
ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يأتى كدبها جميع المهر
وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه جازان يكون
مناقضة وتقريره اننا لانسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه
ما قابل البذل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز
ان يكون معارضة وتقديره انها منعت منه ما قابل البذل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم
والتصرف فيه لا يخلو عن البذل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البذل صحيح وقوله والتأكيد
بالوطئة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يأتى كدبها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه
معجلا وبعضه مؤجلا كان لهما ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه
فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التأجيل والتعجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا
وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف رحمه الله انما فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا
اوفاهما مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها
الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث رحمه الله لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين
المرغيناني رحمه الله الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث رحمه الله
ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم مخصوص
بدليل مستقل مقارن وهو قوله ولا تضاروهن وفي قرى المصر القرية لا تتحقق القرية
سئل ابو التاسم الصغار عن بخرجهما من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك
قبوية وليس بسفروا خراجهما من بلد الى بلد سفروا ليس بقبوية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم
اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون في حيوتها او تختلف
الورثة بعد مماتها او يكون بعد موت احدهما فان كان في حيوتها فاما ان يكون

يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية
او في مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفقرة بعد الدخول او
موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته
في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشائخنا رحمهم الله في تفسير قول ابي يوسف رحمه الله
ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح
ان مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه
ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فالقول قول المشتري
الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وقوله ولا يصار اليه اي الى مهر
المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما خصهما بالذكر
لان عندنا بي يوسف رحمه الله القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المصلحة موجبه
بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل
الطلاق فيحكم بالمصلحة بعد الطلاق كمهر المثل وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع
الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني مع يمينه
لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل
يتضى عليه بالقي درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان الغين فالقول قولها اي مع
يمينها لان الزوج يدعي عليها الخط وهي تنكر فان نكلت يتضى بالف درهم لانها اقرت
بالخط وان حلفت يتضى لها بالقي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف
والف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدرهم
وان شاء اعطى الدنانير واثبت البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج
وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان

(كتاب النكاح * باب المهر)

مهر المثل شاهدًا للزوج تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان مهر المثل شاهدًا للمرأة تقبل بينته لأنها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس بثابت ظاهر وان كان مهر مثلها ألفًا وخمسمائة تحالفان الزوج يدعي عليها الحط من مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي عليها الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضي بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحًا وان نكلت المرأة وجب المسمى الفالانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجبت الف وخمسمائة الف بطريق التسمية لا يخبر الزوج فيها لا تفاهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يخبر فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضي بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لما كان التعارض ونص محمد رحمه الله في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لانباتها الزيادة وذكر الامام المحمدي بعد ذكر وجوب مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا ليدأبيدين الزوج لانه ايتهما انكرا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلاثة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ان يكون مهر المثل شاهدًا له او شاهدًا لها وكان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذرت التسمية فيحكم بمهر المثل قيل قول ابي بكر رحمه الله اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه تعذر التضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل وكما لو تزوجها ولم يسم لها مهرًا ولو كان

ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما بين الحي وورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما في الأصل والمنع في الأصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لأن مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما إلا يرى إلى مسئلة المفوضة إذا مات أحدهما وعنده قول الزوج أو ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتيهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى التليل خلافاً لأبي يوسف رحمه الله فإنه يستثنى كما تقدم وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة يحكم مهر المثل وهو ثياب قول أبي حنيفة رحمه الله لكنه تركه استحساناً لما يذكره وإن كان الاختلاف بعد موتيهما في أصل المسمى فعند أبي حنيفة رحمه الله القول قول من أنكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما نبينه من بعد إشارة إلى دليل أبي حنيفة رحمه الله في المسئلة التي تلي هذه المسئلة وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهر فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وإن لم يكن سمى لها مهر فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لورثتها المهر في الوجهين معناه أي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الأول وهو ما إذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما إذا لم يسم أما الأول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته أما لثبوتها بالبينة أو بالتصادق وقد تأكد بالموت فيقتضي من تركته إذا علم أنها ما تأمعا ولم يعلم أيهما مات أولاً وعلم أن الزوج مات أولاً وأما إذا علم أنها ماتت أولاً فيسقط نصيبه من ذلك وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال إن موتها يدل على انقراض اقترانهما بمهر من يتقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير إلى أن وضع المسئلة في صورة التقدّم وقد روي عنه أنه استدلّ فقال رأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهرام كلثوم أكت أقضي فيه بشيء وهذا لأن مهر المثل يختلف باختلاف الأوقات فإذا تقدم العهد وانقرض

اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على تعيين مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن
العهد متقاد ما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يتضى بمهر مثلها وللمشائخ طريق آخر
وهو ان مهر المثل من حيث انه قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة
ماليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فبا اعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يستط بهوت احدهما وباعتبار
الشبه الثاني يسقط فيسقط بهوتهما لان المستط تأكد بألموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر
وقوله فالتول قوله اي مع اليهين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترد وترجع بما بقي
من المهر وان كان هالك لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط
الواجب وقوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا ثبت الخف والمرأة كان له
ان يحسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره قيل كمتاع البيت *

فصل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم
في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل
المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون
اطلقه ليمتثل المستأمن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو
للحال فليس لها مهر ان اسلموا وكذلك الحر بيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب
المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة رحمه الله ووافقه في الحربيين واما في الذمية
فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه
زفر رحمه الله في الحربيين ايضا وقال ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال بقوله تعالى
اَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ وهذا الشرع وقع عام لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون
بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه

ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقال اهل الحرب
 لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالزام ولا الزام الا
 بالولاية وقد انقطعت الولاية بتيبين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا
 فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالزنا والرِّبوا
 فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا ولكن ولاية الالزام
 متحققة لا بحار الدار ولا بي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في ادياننا
 كالصوم والصلاة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخدم والخنزير وولاية
 الالزام بالسيف او بالحاجة وليست بوجوده لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان
 نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف
 الزنا جواب عن قولهما كالزنا والرِّبوا وجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم
 حتى يتركوا عليه والرِّبوا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الامن اربع فليس
 بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ قوله وقوله في الكتاب
 اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني
 عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية يجب مهر المثل كما قالوا في رواية لا يجب شيء وعلى
 هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما علمه ، الرواية الاخرى وهورواية الاصل فيحتاج الى الفرق
 بين النفي والسكوت وهوان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط
 العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض
 يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي
 وهو مختار فخر الاسلام رحمه الله من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا لما
 لم يتدين تقومها لم يدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون فيجب
 حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل

(كتاب النكاح * باب المهر * فصل)

وقوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معنيين او غير معنيين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لهما مهر المثل في الوجهين اي في المعين وغير المعين وقال محمد رحمه الله لهما القيمة في الوجهين وجه قولهما انما جمع بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف رحمه الله فيهما بمهر المثل ومحمد رحمه الله قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقا في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير فان انقبض مؤكدا للملك في المقبوض ولهذا ينصف الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء الا بالرضا او التضاء فاذا امر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا تجب الزكاة عاينها عند ابي حنيفة رحمه الله في المهر قبل القبض بخلاف ما بعدة والمؤكد للملك شبهة بالعقد لا فادته مالم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التملك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في الحرمان وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما في افادة مالم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع تسليم ائنهما فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا وجه محمد رحمه الله ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد وهذا تملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك وبالقبط ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين

المعين إلى آخره يعني بخلاف ما إذا باع الخمر أو الخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فإنه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لأن المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله وإذا تعدد القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها إلى آخره يعني قول أبي حنيفة رحمه الله في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخدر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لأن مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند أبي يوسف رحمه الله لها المتعة على كل حال وعند محمد رحمه الله لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال والله أعلم بالصواب *

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له أهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بأذن مولاهما أو الأمة فظاهر لأن منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون إذنه وأما العبد فغيبه خلاف مالك رحمه الله فإنه يجوز نكاحه بدون إذنه لأنه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لأن الطلاق بسبب النكاح ومن ملك شيئاً ملك سببه الموصول إليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود وأخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذا النكاح عيب فيهما ولهذا إذا اشترى عبداً أو أمة فظهر تزوجهما جازله أن يرده فليس لهما تعييب أنفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون إذنه وفي هذا التعليل جواب لما لك رحمه الله فإن الطلاق إزالة العيب فلا يلزم من جواز إزالته للعيب جواز تعييبهما أنفسهما واستشكل بجواز إقراره بالحدود والقصاص فإن وجوب قطع اليد

(كتاب النكاح * باب نكاح الرقيق)

في السرقة وجوب القصاص عيب فيهما على قولهما وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فبمنزلة الاستحقاق وهو أيضا أقوى العيوب فكيف جاز ذلك وأجيب بأن الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثّر فيها فإن لزم من ذلك تعيب فهو ضمني لا معتبر فيه وموضعه الأصول وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لأنه من باب الاكتساب وقوله فالمهردين في رقبته يباع فيه لما عرف في الأصول أن ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها ماله الرقبة واستدل المصنف رحمه الله بقوله لأن هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه وأما أنه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من أهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الأذن من جهته وأما أنه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله دفعا للمضرة عن أصحاب الديون يعني النساء وقوله فليس هذا بأجازة لأنه أي قوله طلقها أو فارقها يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقا ومشاركة الأيرى أنه لو قال في الكاح الفاسد طلقتك كان متاركة وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة لأنه اليق بحال العبد المتدور وقوله أو هو أي الردان نعم لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع فكان الحمل عليه أولى فإن قيل قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة يمكن فكيف صبر إلى المجاز أجيب بأن الحقيقة قد تركت بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى وإن نال طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة تملك الرجعة فهذا إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فينعين الإجازة فإن قيل إذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال أو تزوج أربعا من النساء لا يثبت به العتق وأن كان التكفير بالمال وتزوج الأربع من النساء لا يكون إلا بعد الحرية أجيب

اقتضاء كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتناق
 ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية لها قوله ومن قال
 لعبدته تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهراً وتقيدة بالاشارة والامة
 اتقافى فان الحكم في غير المعينة وفي غير الامة كذلك ويتبني على هذا الاصل المذكور
 حكمان أحدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها
 بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح
 عندهما ووجه الجانبيين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه
 لو حلف انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج صحيحاً او فاسداً حنث في يمينه
 كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقاً يتناول الجائز والفاسد وقوله
 على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل
 فالعذر لأبي حنيفة رحمه الله ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبداً ما ذناله
 مديوناً امرأة جازوا المرأة اسوة للغرماء اذا كان النكاح بدهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره
 لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقة
 النكاح حق الغرماء بالابطال مقصوداً منتفياً واذا تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت
 الحكم البتة وانما قال مقصوداً لان المانعة انما يتحقق بذلك واما اذا كان ضمناً فلا معتبر به
 وهناك ذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح
 بولاية المولى تحصيلنا للملكة وجب الدين بسبب لامر دله لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت
 المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فهي في مهر مثلها
 اسوة للغرماء واما اذا كان اكثر منه فلا تساوياً بهم بل يؤخر الى استيفاء حقهم كدين الصحة
 مع دين المرض قوله ومن زوج امته بواث للرجل منزلاً وبواثه منزلاً اي هيأته ومكنت له
 فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوأها اي يهيئ بيتاً للزوج يبيت اليها لكنها تخدم

(كتاب النكاح * باب نكاح الرقيق)

المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك ليحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت في الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال الكثير فله ان يبيوها وان لا يبيوها وان يستخدمها بعد التبوية لكنه تسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى في الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرّة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرّة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بواها معه ميتا فولدت من الزوج له يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله وذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير تزويج المولى عبدة وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا وجد ربما يقع الحد مهلكا او جارحاً ففي الاول هلاك ماله وفي الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبداً قد حدد في الزنا فله ان يردّه فيملكه الانكاح جبراً اعتباراً بالامة والجماع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط في جواز نكاح الامة جبراً بملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويجها الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسداً فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتب لم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتب فان الملك لما كان فيها ناقصاً بواسطة تملكهما اليد التحق بالاحرار تصرّفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو المولى.

ان المولى اذا تزوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقه بالبالغة فيما يثبتني على المكاتبه، ثم انما لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفاً على ا اجازه الولي لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبه وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل ال اجازه قال في النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر ا اجازه المكاتبه في حال رتتها ولم تعتبر في حال العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفسها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا مهر عليه للمولى وقال المقتول ميت باجله عندنا اي عند اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلاث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجزي بمنع البدل كما اذا اردت الحرية تجازي بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجزي اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعنا المبدل قبل التسليم حيث بان ثامنه ولم يسقط المهر وذلك لانهما اليستا من اهل المجازات ونوقص بالصغيرة العاقلة اذا اردت قبل الدخول تجازي بسقوط المهر فلم تناف الصغيرة المجازات واجيب بان ترك مجازات الصغيرة انما يكون على افعال غير محظورة في حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله والتتل في حق احكام الدين ا جواب عن قولهم لان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافاً لفرق رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته لما بينا من الجماع انه يمنع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا ان جنابة امرء ظاهر وقوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطأ وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليه دين **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق

(كتاب النكاح * باب نكاح الرقيق)

نسمة فلو ألقيتها في صخرة تخلق فيها وروى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلثة أقسام عزل عن أمته المملوكة له ولا اذن فيه الى احد وعزل عن المرأة الحرة والاذن في العزل اليها وهذا بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكره في الكتاب وهو واضح وان تزوجت باذن مولاه او زوجها مولاه ثم اعتقت فلها الخياران شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي رحمه الله ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عايشة رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لهما متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداء بالغلام قال وانما امرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبد العدم الكفاءة وهي موجودة في الحر ولنا ان عايشة رضي الله عنها اعتقت بريرة رضي الله عنها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعتك فاختراري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى فسجد فالشافعي رحمه الله محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناد الى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها ان بريرة رضي الله عنها خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناد الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فاني يكون الشافعي رحمه الله به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابوداود رضي الله عنهم ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد رضي الله عنهم ان بريرة اعتقت وزوجها حرا واذتعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلطنا مسلك الترجيح في التقرير بان المثبت اولى من الثاني فليطلب ثم قوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان

بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حراً واجيب
 بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجي فيلزم عليها الزيادة اذا
 اعتقت وأن كان حراً ولا نسلم ان امره صلى الله عليه وسلم بالبداء بالغلام لذلك وانما
 كان لاطهار فضيلة الرجال على النساء فانها لو اعتقتهما معا ثبتت الخيار ايضا عنده وليس
 ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج
 ان اعتق حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق
 في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبه يعني اذا تزوجت باذن مولاه ثم اعتقت
 كان لها الخيار سواء كان الزوج حراً وعبد الزيادة الملك عليها وقال زفر رحمه الله لا خيار لها
 لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاه وهذا غير موجود
 ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة
 بغير اذن مولاه ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي
 لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع
 لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
 زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خصص الامة
 بالذكر ليمني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتأني في حق العبد ويجوز ان يكون
 تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار عليها لانه يختص بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت
 تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة
 ليعلم ان المسمى وأن زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان
 ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع
 من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه
 وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند

(كتاب النكاح * باب نكاح الرقيق)

الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان يعتقها بعد الدخول وللأمة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعقد مقتصر الا يرى ان الأمة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير ان المولى قد دخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فتالوا يارمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد ان لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فدمى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظاهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف الى آخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لافي المتلاشي والمستوفى بالوطئ متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله ان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت بان المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وهما يختلفان لان المستحق زمان الثبوت هو الأمة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الأمة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى

الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان
الثبت فيبطل الاستناد من حيث يثبت **قوله** ومن وطئ امته ابنه ومن وطئ جارية
ابنه فولدت منه ولدافهي ام ولدله وعليه قيمتهادون المهر وانما قال ومعنى المسئلة
ان يدعيه الاب لان محمدا رحمه الله لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان
لاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمر بن
شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان
اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية
تملك مال الابن للحاجة الى البقاء فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء
فان قيل لو كان صيانة الماء لبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب بقوله غير ان
الحاجة الى بقاء نسله ونها الى نقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية والده
للاستيلاء لكونه غير ضروري فهذا لا يملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان
عورض بان الاستيلاء يعتمد الملك كما في المملوكة او حق المالك كما في المكاتبه وليس
شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطه ان المصحح
يعنى للاستيلاء اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى
يجوز له التزوج بها ولا بد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانتها عن الضياع
وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقد م اقتضاء تقديم الشرط على المشروط
وان اقدم كان الوطئ واقعا في ملكه فلا يلزمه العترو قال زفر والشافعي رحمهما الله يجب
المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاء فانه سقط الاحصان بهذا الوطئ ولو كان
في الملك لما سقط وحد فاذنه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العترو
والمسئلة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبيل الاستيلاء

(كتاب النكاح * باب نكاح الرقيق)

شرطا وعنده بعده حكمه والذی ذهبنا اليه هو الصواب لاننا قد اتفقنا على ان استيلاء الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطء في الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد من الرق وعوض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع من الملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطء وبانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولى باننا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاء في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التدم كان لصيانة فعله عن الحرمة وصيانة الولد من الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادي فكان فيه شبهة يندرج بها الحد ولو كان الولد زوج جاريته اباة فولدت لم تصرام ولده ولا قيمة عايه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزويج عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه ولان حق الملك في مال ولده اظهر الا يرى ان الاستيلاء في جارية الابن صحيح واستيلاء المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطء ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خاف باطل وكذلك يملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه وقوله الا انه يستقط الحد للشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره في الكتاب

في الكتاب وإذا كان خاليا عن ملكه صح النكاح وإذا صح النكاح صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة إليه فلا تصيرام ولد له وقال زفر رحمه الله تصيرام ولد له لأنه لو استولدها بالفجور صارت أم ولد له فإذا استولدها بنكاح أو شبهة نكاح أولى أن تصيرام ولد له ولنا أن ما ذكرنا أن ماؤه صار مصوناً بالنكاح فلا يحتاج إلى ملك اليمين لأن إثباته لم يكن إلا لصيانة الماء وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله وإذا كانت الحرة تحت عبد واضح الالفاظ ننبه عليها قوله لصحة العتق عنه أي عن الآمر وقوله اعتق طلب التملك منه تقديراً واعتق عبدك الذي هو لك في الحال عند بيعك لي إياه بطريق الوكالة مني فيكون أمراً باعناق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعثت منك واعتقته عنك فإن قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق إلا من المأثور بالاتفاق فلا يكون المقتضي أقوى من التصريح به أجيب بأن الشيء قد يثبت ضمناً وإن لم يثبت صريحاً كبيع الأجنبية في أرحام الأمهات يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً وإذا ثبت الملك للآمر ففسد النكاح للثاني بين المملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبداً فإن قيل وجب أن لا يبطل النكاح ههنا وأن ثبت ملك اليمين لوجهين أحدهما أن الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى إلى فساد النكاح والثاني أن الملك ههنا كما يثبت يزول حكماً للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء إذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لأن الملك كما ثبت زال أجيب عن الأول بأن الشيء إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بأن الملك يثبت للموكل ابتداءً وهو مختار شمس الأئمة وأبي طاهر الدباس رحمه الله سلمنا أن الملك يثبت للوكيل لكن أنما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغيبة عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لأنه يعني أبي يوسف رحمه الله يقدم التملك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه أي لتصرف

(كتاب النكاح * باب نكاح اهل الشرك)

الامر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض
لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط
اولى فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة
من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض او بغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض
بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته
اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط
القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس
من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات
واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه
بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله في تلك المسئلة اي
في مسئلة الامر باطعام الفقير ينوب عن الامر في القبض كالفقير في باب الزكوة ينوب قبضه
عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعناق ائلاف
الملك وتام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير والله اعلم *

باب نكاح اهل الشرك

ما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخص مرتبة منهم وهم اهل
الشرك الذين لا كتاب لهم واذ اتزوج الكافر بغير شهودا وفي عدة كافرو ذلك في دينهم جائز
ثم اسلما اقر اعليه قيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه
نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز
ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام

الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو التزوج
 بغير شهود كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر آخر كما
 قال زفر رحمه الله الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة
 كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم
 اعراضا لا تقريرا فاذا ترفعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى
وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ يَأْتِزِلُ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَلَهُمَا أَنْ حُرْمَةُ نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ مجمع عليها
 فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيهما فان مالكا وابن ابي ليلى
 رحمهما الله يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكننا لا نتعرض لهم باعتبار
 عقد الذمة فاذا ترفعوا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فربق بينهما كما في نكاح المحارم
 واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انتضا ئها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولا يبي حنيفة
 رحمه الله ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت البعدة
 اما ان يكون للشرع اول الزوج لاسبيل الى الاول لانهم لا يخطبون بحقوقه ولهذا
 لم يتعرض لهم في الخمر والتخزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقد لان هذا الوضع على
 ذلك الغرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن
 من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع
 متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة
 البقاء والشهادة ليست بشرط فيها ولهذا الوات الشهود لم يبطل النكاح وكذا البعدة
 لا تنافي حالة البقاء كالمكوحه اذا وطئت بشبهة تجب عليها البعدة عيانة لحق الواطئ
 ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان البعدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح
 وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لاتدفع النكاح بناء على اعتقادهم كالا ستر افيما بين المسلمين
 فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي

(كتاب النكاح * باب نكاح اهل الشرك)

العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا
 فرق بينهما واما ما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما
 باعتبار ان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذ اسلم
 وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عده فله حكم الصحة في الصحيح
 بناء على ما ذكرنا ان المحرمة اما ان يكون للشرع او للزوج الى آخره وقوله في الصحيح
 احتراز عن قول مشائخ العراق رحمهم الله ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم
 الصحة لما فرق بينهما في البناء وقوله الا ان المحرمة جواب عن هذا التشكيك ووجهه
 ان المحرمة تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة
 فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافي فيه كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق
 وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما
 في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما
 اذا اسلم واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يفرق برفع احدهما لان الآخر قد استحق
 باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه
 بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصير بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلم ولا يعلم
 واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مراعاتهما كتحكيمهما ولو حكما رجلا
 وطلبا منه حكم الاسلام لانه يفرق بينهما فالقاضي اولي بذلك لعموم ولايته وقوله
 ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل لمصلحة يريد به المسكن والازدواج والتوالد
 والتناسل وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح
 هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافراي كافرا كان واجيب بان هذا محمول
 على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت
 بولد وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض وجعله

وجعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعاً للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوق التعارض اذا كفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن اثبتنا الترجيح وهو قوله لان فيه نظره فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافراً اطلق الكفر في قوله وزوجها كافراً لعدم بقاء نكاح المسلمة مع اي كافران وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انتضاء العدة وقوله الى انتضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عندة بالا طهار وقيل معناه كان الشافعي رحمه الله يقول ينبغي ان يتأجل عندكم الى انتضاء ثلث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق ومالم يعتبر لهما تعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فانت وتقريره باسلام المرأة او زوج المجوسية فانت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بدله من سبب فاما ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سبب الفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجوداً قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوقها بقاء فلا بد من امر آخر غيرهما فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به ان اسلم او ثبت ما يصلح لذلك وهو الالباء فان الالباء عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اضيف اليه ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الالباء وفي كلام المصنف رحمه الله نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سبب تبنتي عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل زال عنك الشبهة ولما فرغ من البحث مع الشافعي رحمه الله شرع فيه مع ابي يوسف رحمه الله في ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقاً ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك

(كتاب النكاح * باب نكاح اهل الشرك)

فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الالباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون طلاقاً كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر الواقعة بالمحرمة ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوت المتناصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بالا حسان كما في الحب والعتة وقوله مع قدرته في الاسلام زيادة تأكيد وارى ان تركه كان افضل لانه لو كان شرطاً بطل قياسه على الحب والعتة وقوله واما المرأة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظاهر وقوله والعوض على الاسلام متعذر من باب عرضت النانة على الخوض من القلب الذي لا يشجع عليه الافراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج عن الاسلام فكأنه اراد انه سبب بطريق النيابة و الا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الالباء وقوله كما في حفر البئر يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التالف الى فعل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبعياً لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبهة بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجوداً وفيه تعدد لانه في غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سياتي حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي رحمه الله يفصل كما مرله في دار الاسلام من قوله فان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال

في الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا لعدة فيستوي فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باسبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا الفرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمرأة حرة فلا عدة عليها بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسامة ظاهر وقوله فلان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل في النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل في الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعندله وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتداء **قوله** واذا خرج احد الزوجين صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذا المراد بانقطاع الولاية سقوط ما لكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته قد انتطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا لا بطل دليل الخصم وقوله واما السبي فيقتضي الصفاء للسبي ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسي لا ثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره ان تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمة فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباين عدما شخصا بالحكم ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا الاثبات المذهب وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو تزوج امة جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرير السبي ولهذا في اذا تقرر بالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمة والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشراء

(كتاب النكاح * باب نكاح اهل الشرك)

من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله ثم هو
 ابي السبي يقتضى الصفاء اى سلمنا ان السبي يقتضى الصفاء لكن في محل عمله وهو المالمال
 حيث يثبت الملك في رقبة المسيبي للسبابي على الخلو لا في محل النكاح وهو منافع
 البضع لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد ادرج في هذا الكلام الجواب عن
 قوله ولهذا بسقط الدين عن ذمة المسيبي لان الدين في الذمة وهي محل عمله لانها
 هي الرقبة وقوله وفي المستأ من جواب عن قوله كالحربي المستأ من او المسلم المستأ من
 وكان قد احرز بقوله حكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأ من حقيقة لكنه
 لم يوجد حكما لقصد الرجوع * واذا خرجت المرأة اليها جرة اى تركت ارض الحرب
 الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدأ
 جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا عليها العدة لان الفرقة وقعت
 بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية
 ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر ملك الحربي ولهذا
 لا تجب العدة على المسيبة بالاتفاق فان قيل لولم يكن ملكه خطرا وجبت اذا خرجت
 حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تنزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب
 فان قيل الهجرة اورثت تبائن الدارين وهو لا يربو على الموت ولومات وجبت العدة
 فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمان حكما فلزمت العدة بحكم
 الملك واما تبائن الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه الى اثاره وحاصله ان التباين
 يربو على الموت الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تنزوج
 حتى تضع حملها رواه محمد رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله لان حملها ثابت النسب
 من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام
 الولد اذا حبلت من المولى لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن ابن

ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها
لانه لا حرمة للحربي في كله فجزؤه اولى كما في الحبلى من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني
قبل الاول الاصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من
الغير يمنع الوطئ مطلقا وثابت النسب محرم فيمنع النكاح ايضا دون غيره **قوله** واذا
ارتداد احد الزوجين عن الاسلام واذا ارتداد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة
بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي رحمه الله ان لم يدخل بها فكذلك
وان دخل بها فحتى تنقضي ثلثة اطهار بناء على ما ذكرنا له من تأكد النكاح وعدم تأكده
وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنقضي عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة
فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف
وابو يوسف رحمه الله مر على اصل له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان
والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة
باباء الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها
تبيح النفس والمال ويبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد
تحقيقه مسببا عنه والمسبب عن الشيء الراجع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف
الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان
على ما مر واعتز بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفافما
بالملك النكاح لا يكون. كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد
على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع
الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك
العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره

(كتاب النكاح * باب نكاح اهل الشرك)

وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدافلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تبائن الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تبائن الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع وان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العدة قد سقطت عنها عند نفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الابعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تبائن الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف رحمه الله يقع الطلاق لان العدة باقية عند وقوله ولهذا انتوفى الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الالباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهرا وقوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها الا الى ما يليه لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها وقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فحينئذ لا يرتب احد في عدم وجوب النفقة في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشرة ولا نفقة لها وقوله وان ارتد معا ووضح ووجهه ما روي ان بنو حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد النكحة والصحابة رضي الله عنهم متوافرة فحل ذلك محل الاجماع بترك به القياس فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقديم شيء على شيء وانما يجعل في الحكم كأنه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد ابي بعد ارتداد هما ففسد النكاح

النكاح بينهما لا صرارا لآخر على الردة لانه مناف كما بتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كان نشاء الردة *

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرهما اوجب تأخيرهما والقسم بفتح القاف مصدر قسم القاسم المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباؤهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اسناده الى الموثق الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكر يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا بثلاث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يفضل البكر بسبع والثيب بثلاث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفصيل الجديدة على القديمة فنفي المصنف رحمه الله الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمود على التفصيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يتبدأ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالتفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة

(كتاب النكاح * باب القسم)

والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتانية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمریضة والصحيحة لمساواة بينهما في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل فالمحبوب والخصي والغنيين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بين امرأتين يجب عليهم القسم وقوله والاختیار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة ثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعها اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتب والمدة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتبه على ثلث مسائل احدها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي رحمه الله مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للبقيات ان يحسبن تلك المدة اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الافراع اذا كان مستحقا ولم يفعل كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون للآخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكن نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقها لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ماليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هذا والله اعلم *

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما
 جمة مخصوصة به ولا يشاركه فيها غيره سبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات
 اللحم كالجزئية بالاغلاق في حرمة المصاهرة فكما ان الاغلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه
 وهو الوطى كذلك نشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه
 والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهولغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة
 من مص شخص مخصوص وهوان يكون صبيارضيعا من ندي مخصوص وهو ندي الآدمية
 في وقت مخصوص على ما نذكره بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع
 يتعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي
 الصبي بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصاة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا
 الاملاجتان والمصاة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به
 ان يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون منحصرا في خمس رضعات مشبعات
 فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم القائل بالانفصال
 وفيه نظر لان من اصحاب الطوائف من يقول بثلاث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة
 رضي الله عنها كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من فسخن بخمس رضعات
 معلومات يحرم من وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب
 لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى
 واما تكمل الاتي ارضعنكم الآية وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
 من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على
 ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال

(كتاب الرضاع)

مقدر تقريره تحريم الرضاع باعتبار انشراح العظم وانبات اللحم وليس ذاك في التاميل وتقرير
الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن
فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم بان ما رويتم ما مردود
بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده
والانشراح بالراء الاحياء وفي التزيل ثم اذا شاء انشروا ومنه لا رضاع الا ما انشراح العظم وانبت
اللحم ابي قواه وشده كانه احياء ويروي بالراء كذا في المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة
الرضاع ظاهراً وقوله لان التحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول
الموجب لتغيير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما بيننا يعني في وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله فتقدر ابي الزيادة به ابي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ووجه
الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلاثين شهراً ومدة الحمل اذناها ستة اشهر
فبقي للفصال حولان وقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين ولا ابي حنيفة رحمه الله
هذه الآية يعني قوله وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ووجه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني
الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثلاثون شهراً وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد
منهما بكماله كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة
اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلاً لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المقتضي
للمتص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن
امه اكثر من سنتين ولو بفلانة مغزل فان قلت هذا المقتضي على تقدير كونه حديثاً يلزم به
تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب ما ول فان عامة اهل التفسير جعلوا الاجل
المضروب للدينين متوزعاً عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدلال به المصنف
رحمه الله قطعية ويؤيده ما روي ان رجلاً تزوج امرأة فولدت لسته اشهر فحجى بها الى
عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم

ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وَحَلَهُ وَفَصَّالَهُ
 ثَلَاثُونَ شَهْرًا وَقَالَ الْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ فحملته ستة اشهر وفصله
 حولان فتركها واذا لم تكن دلائلها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة
 فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره
 ابقاءً لحيوته وذلك اي التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة
 من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف رحمه الله لئلا يفرح الله لكنه
 قدرة بسنة كما في العنين وقد رآه بأدنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين بغائر غذاء
 الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء العظيم
 لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء العظيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه ينظم تدبجا كان الحاصل
 انه لا بد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول
 يعني قوله صلى الله عليه وسلم لارضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم
 المصنف رحمه الله الاستحقاق لان بعضهم قالوا المراد من لارضاع بعد حولين لا يستحق
 الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفى استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع
 في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة
 الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم لارضاع لنفي الجنس وعينه
 وقد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه اي
 وعلى الاستحقاق بحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ
 أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ بدليل قوله بعده فَإِنْ أَرَادَ فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ فَإِنَّهُ ذَكَرَ بِحَرْفِ الْغَاءِ مَعْلَقَالَهُ
 بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضاع في ازالة المحرم شرعا
قوله واذا مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء ظم اولم يظم
 واذا ظم قبلها لم يعتبر الغطام الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله حتى لو ظم صبي

(كتاب الرضاع)

قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله ثم ارضعته امرأة قبل ان يمضي عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبها بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله عن ذلك فقال اترون هذا الاشد طرضيعا فيكم فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبرين اظهركم وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على هذا **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف رحمه الله وهو واضح وقوله الام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضاعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع اولاسقاطهما جميعا وما وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن

الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل
 من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله
 صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها يلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل
 واضح على ذلك فان عائشة رضي الله عنها ارتضعت من امرأة ابي القعيس وكان اسم اخي
 ابي القعيس افلح فلما كانت تلك المرأة مالهان زوجها ابالها واخوال الزوج عماله لا محالة وروي
 انها قالت يا رسول صلى الله عليه وسلم ان افلح اخا ابي القعيس دخل علي وانا في ثياب
 فصل فقتل يلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارتضعتني المرأة لا الرجل فقتل عمك
 من الرضاعة وهذا لا يكون الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه
 في موضع الحرمة احتياطاً فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل
 ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثدوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن
 لا يثبت حكم الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل
 من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي
 لاجله ثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارتضاع الرجل فان ما نزل من ثدوة
 الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به اثبات اللحم وهو نظير وطئ الميثة في انه لا يوجب
 حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم
 ان المراد به ما ينزل من ثدوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المرأة بسبب الولادة والحمل
 من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة
 لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطئ في الاحبال شرط
 الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فارتضعت بهذا اللبن صبيته كان لبن الفحل لا يحل
 للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لايه ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود البعضية
 بين هؤلاء وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله وكل صبيين اجتماعاً

(كتاب الرضاع)

غالب الصبي على الصبيته كذا في التدرين للشمس والقمر على ندي واحدة أي ندي امرأة واحدة لانهما لوانتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجي وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الآدمية دون الانعام وقوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي ونسخان اخريان ليستا بصحيحين وهذا بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذين التفسيرين لا بدوان يكون من الولد الذي ارضعته معروفا للام وكلامه ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغلب فسر محمد رحمه الله الغلبة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي رحمه الله عنده ان الاختلاط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حسا حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر وتقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كذا في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا بحث فان قيل فعلى هذا ان اعتبر جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبر جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وأن قل فيعد التعارض ترجيح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحججتين على السواء وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان الغالب فضلا ذاتيا والمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما

كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالنقل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكدي فمالم يكن الحكم موجودا لمدخل له فيه سلبناه لكن تعارض ضربا ترجيح احدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيد ما ذكرناه ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في جب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشرو مادونه في حكم القليل فلم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسدى لبنا مطلقا وقوله فصا ركالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما مالم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بوجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تدفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان ذاك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذية بالطعام لانه هو الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذية الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه يتعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به لتقويته على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد الى التغذية به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسرية الدواء وبلوح

الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله ولان اللبن يبقى مقصودا **قوله** واذا
 اختلط اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف رحمه الله في المسئلة
 الثانية لما ذكرنا ان المخلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعة كما اذا صب كوز من الماء العذب
 في البحر ووجه قول محمد وزفر رحمه الله ان الغلبة هنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب
 الجنس ان الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات
 منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا
 متساويين في المقصود فيتحقق الرضاع من التليل صورة ومعنى فتثبت الحرمة بهما
 جميعا وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف رحمه الله
 وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي رواية كقول محمد وزفر رحمه الله واصل المسئلة
 في الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى
 وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند ابي يوسف رحمه الله لا يحنث لان المخلوب
 كالمستهلك وعند محمد رحمه الله يحنث لان الشيء بجنسه ينكث ولا يصير مستهلكا وقوله
 واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاجر الصبي تعلق به التحريم
 خلافا لشافعي رحمه الله قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان
 قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت
 بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلها لعدم الفائدة ولهذا
 لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محلها حتى يتعدى
 الى غيرها ولان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات
 وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرج عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن
 ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما بان كان لهذه
 الرضعة النبي او جرب لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه

لانه صار محرما لها حيث صارت ام امرأته وقوله واما الجزئية جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطئ انما تثبت بملاقاته لمحل الحرث لتثبت به الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن الصبي باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فاعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال النقصاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية * وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لاصموخا في غير آدمي مما هو ثابت بالاستبراء لم يتخلف وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل البخاري رحمه الله صاحب الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل البخاري في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك است هناك فابى ان يقبل نصيحته حتي استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا **قوله** واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جازله التزوج بالصغيرة لانها

ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد ولم تعمد
 لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ
 من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضاف الفرقة اليها اجاب بقوله
 والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا يرى انها
 لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابوها
 ولحقها بدار الحرب بانث من زوجها ولا يتضي لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل
 منها والجواب انا قد قلنا كذا وتعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلزم ان كلما
 لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يستطع حقها لانه اذا لحقها امر اخرجها عن محمية النكاح
 كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف المهر
 للصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد بان قصدت بالارتضاع افساد النكاح
 وان لم تعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأة
 زوجها ومن محمد رحمه الله انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد
 وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب النقص والاصطبل وحل
 قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء
 فكذلك في التسبب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف
 الستوط وهو نصف المهر بتقيل ابن الزوج اذا بلغت حد التشهي وذلك يجري مجرى
 الائتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك بالتأكيد لا مباشرة اما لان الارتضاع
 ليس بافساد النكاح وضع لان وضعه لتربية الصغيرة لا لافساد النكاح وانما يثبت افساد
 باتفاق الحال بتأديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا ولان افساد النكاح
 ليس بسبب الالتزام المهر لانه غير مضمون بالائتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس
 بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك

هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان ما يفوت به المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاها مسببة في تأكيد ما كان على شرف السقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء لقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به ولكنها قصدت دفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأجورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا من اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلبت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به **قوله** ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادة اربع منهن وقال مالك رحمه الله تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي رحمه الله ان الرضاع يكون بالتدني ولا يطلع على ذلك

رجل لحرمة النظر اليه وعنده شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوى المحارم يحل لهم النظر الى نديها ووجه قول مالك رحمه الله ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع ولنا ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله اعلم بالصواب *

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعاً آخره عنه وضعاً ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي يرفع التبدل النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلاً بالغاً والمرأة في النكاح او العدة التي تصلح بهامحلاً للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل وانقسامه ما يذكره *

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذوات مطلق والعامّة على اباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى لَأَجْنَحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَطْلِقُوا النِّسَاءَ وَقَوْلُهُ تَعَالَى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَمَّا لَهُمَا وَأَقْسَامُهُ ثَلَاثَةٌ حَسَنٌ وَاحْسَنُ وَبَدْعِي عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَهُوَ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ وَلَا نَهْ أَبْعَدُ مِنَ النَّدَامَةِ حَيْثُ ابْتَقَى لِنَفْسِهِ مَكْنَةً التَّدَارُكُ بَانَ يَرَا جَعَهَا فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا بِتَجْدِيدِ النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْلَالٍ وَأَقْلَ ضَرَرًا بِالْمَرْأَةِ حَيْثُ لَمْ تَبْطُلْ مُحَلَّتُهَا نَظَرًا

نظرا اليه لان اتساع المحلقة نعمة في حقهن فلا ينكامل ضرر الايحاء وقوله
 ولا خلاف لاحد في الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يتل اخذ بكراهة هذا
 الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو الخطر لانه قطع للنكاح الذي هو سنة فيكون محظورا
 وقوله والا باحة الحاجة الخلاص اي لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع
 وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث
 ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر
 رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال
 صلى الله عليه وسلم مرة فليرا جمعها ثم لممسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء
 امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسه فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق بها
 النساء و اشار به الى قوله تعالى فَطَلُّوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ قَالَ ان شاء امسك بعد وان شاء طلق
 خير بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض
 الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله صلى الله
 عليه وسلم قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأة له وهي حائض ما هكذا
 امر الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار
 على دليل الحاجة يانه ان الاصل في الطلاق الخطر كما قال مالك رحمه الله والا باحة
 للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب
 العجز امر مبطن فاقم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان يجدد الرغبة فيها
 وهو الطهر الخالي عن الجماع فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى
 الطلاق تكررت فايصح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشائخ
 رحمهم الله في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل

العدة وهو رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله واختاره بعض المشائخ
 وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لو اخرربما جامعها ومن قصده التطلق فيبتلي بالابقاع
 عقيب الوقاع قال المصنف رحمه الله والاظهار ان يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر
 لان محمد ارحمه الله قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت
 من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلث في طهر واحد وهو حرام
 عندنا لكنه اذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال
 الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لثلا يريد على تعميمه
 الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جا معها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا
 قال في تعليقه لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو
 مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا يجمع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم
 والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان
 المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا اطلقها في طهر جا معها
 فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا اطلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لا تدري اهي حامل
 فتعتمد بوضع الحمل او غير حامل فتعتمد بالا قراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق
 سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت
 به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والديونية لما فيه
 من السكنى والازدواج واكتساب الولدان وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز
 وقوعه في الشرع الا انه ابيح لحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين
 الثلث فان قيل كما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذلك الحاجة الى المفرق على الاطهار
 اجاب بقوله وهي ابي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام
 على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة

الحاجة لكونها امراً مبطناً فإن قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم يؤثره اظن انه اراد بالنص قوله تعالى الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فانه يدل على انه مغروق ويجوز ان يراد به قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه ان من السنة ان يستقبل الطهر استقبالا بالحديث وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروعية لذاته لا يجوز ان يكون محظوراً لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرناه من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المعصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا يقع التثنية في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث وقوله واختلفت الرواية ظاهر **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرنا ها وهي ان لا يزيد على الواحدة وسمي الواحد عدداً مجاز الكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى له دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجد الرغبة وهو الطهر الخالي عن اجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة و بالجماع مرة في الطهر تقترب الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئاً فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني في اي وقت كان خلافاً لفر رحمه الله فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح

وعرض بان ما ذكر تم تعاليل في مقابلة النص فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة ان يستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة بخصوص السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مرة فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض من صغرها وكبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حتها قائم مقام الحيض لقوله تعالى وَاللَّائِي يُمْسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ اِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ اشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ يَعْنِي اِنْ اَشْكَلَ عَلَيْكُمْ حُكْمُ اعْتِدَادِهَا تَيْنِ الطَّائِفَتَيْنِ فَحُكْمُهُنَّ هَذَا وَقَوْلُهُ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ مَبْتَدَأُ خَبَرِهِ مَحْذُوفٌ اَيِ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ اشْهُرٍ وَقَوْلُهُ وَالْاِقَامَةُ فِي حَقِّ الْحَيْضِ خَاصَّةٌ قِيلَ هُوَ اِشَارَةٌ اِلَى مَا اخْتَارَهُ بَعْضُ اصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ اَنْ الشَّهْرَ قَائِمٌ مَقَامَ الْحَيْضِ خَاصَّةً دُونَ الْحَيْضِ وَالطَّهْرِ جَمِيعًا كَمَا اخْتَارَهُ آخَرُونَ وَقَالَ شَيْخُ الْاِئِمَّةِ رَحِمَهُ اللَّهُ ظَنُّ بَعْضِ اصْحَابِنَا اَنْ الشَّهْرَ فِي حَقِّ الَّتِي لَا تَحِيضُ بِمَنْزِلَةِ الْحَيْضِ وَالطَّهْرِ فِي حَقِّ الَّتِي تَحِيضُ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلِ الشَّهْرُ فِي حَقِّهَا بِمَنْزِلَةِ الْحَيْضِ فِي حَقِّ الَّتِي تَحِيضُ حَتَّى يَتَقَدَّرَ بِهِ الْاِسْتِبْرَاءُ وَيَفْصَلَ بِهِ بَيْنَ طَلَاقِ السَّنَةِ وَهَذَا اِنْ الْمَعْتَبَرُ فِي حَقِّ ذَوَاتِ الْاِقْرَاءِ الْحَيْضُ وَلَكِنْ لَا يَتَوَصَّرُ تَجْدِيدُ الْحَيْضِ الْاِبْتِخَالُ الطَّهْرِ فِي الشُّهُورِ يَنْعَدُّ هَذَا الْمَعْنَى فَكَانَ الشَّهْرُ قَائِمًا مَقَامَ مَا هُوَ الْمَعْتَبَرُ وَفِيهِ بَحْثٌ مِنْ وَجْهَيْنِ أَحَدُهُمَا مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ النِّهَايَةِ اَنْ الشَّهْرَ لَمَّا اَقِيمَ مَقَامَ الْحَيْضِ فَازَ الْوُقُوعُ الطَّلَاقُ فِي اَيِّ شَهْرٍ كَانَ مِنَ الْاَشْهُرِ الثَّلَاثَةِ كَانَ مَوْتَعِ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ فَكَانَ حَرَامًا كَمَا فِي حَالَةِ الْحَيْضِ وَالثَّانِي مَا ذَكَرَهُ بَعْضُ الشَّارِحِينَ اَنْ الشَّهْرَ لَوْ قَامَ مَقَامَ الْحَيْضِ خَاصَّةً لَمَّا اَحْتِجَّ اِلَى اِقَامَةِ ثَلَاثَةِ اشْهُرٍ مَقَامَ ثَلَاثِ حَيْضٍ بَلْ يَكْتَفِي بِاِقَامَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ مَقَامَ ثَلَاثِ حَيْضٍ لَانَ الْحَيْضُ اَكْثَرُ عَشْرَةِ اَيَّامٍ وَمُدَّةُ ثَلَاثِ حَيْضٍ تَحْصُلُ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ لَكِنْ الْاِزْمُ مُنْتَفٍ فَيَنْتَفِي الْمَرْزُومُ وَاجِبٌ عَنِ الْاَوَّلِ بَانَ هَذِهِ الْمُدَّةُ

المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض ومقام الحيض لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا يرى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلثة اشهر غالبا اقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق النبي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخاف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان لتحقق عدد الثلثة لاذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشتراط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى لان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسألة لا يكون الزام الحجة على الخصم **قوله** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر ان كان ايقاع الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالالهة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق اي في حق التفريق بين طلاق في السنة وذاك نلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطن بالالهة وهي مسألة الاجارات على ما سيجي ان شاء الله تعالى ويجوز ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان فالشمس الائمة الحلواني وكان

شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجي منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة
 يرجي منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة
 بينه وبين قول المصنف رحمه الله لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر رحمه الله يفصل
 بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة
 فكذا هنا بشهر ولان الرغبة تغتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت
 في الطهر وانما تجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر * ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي
 في التي نحن فيها من الآيسة والصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات
 الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشبه رجعه العدة فلا يدري ان انتضاءها
 يكون بوضع الحمل او بانتضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تغتر من الوجه الذي ذكر
 جواب قول زفر رحمه الله ان الرغبة بالجماع تغترو هو ظاهر واعتراض بان جهة الرغبة
 والغتور لما تعارضا تساقطا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر
 لما صريح عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في الجواب
 الفصل بين الوطئ والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق اصلا ولا يتكرر كما تقدم
 وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة
 وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفى الحكم الدائر على الدليل وهو الفصل وقوله
 وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول
 العدة يعني قوله تعالى فَطَلَّوْهُنَّ لَعَدَتُهُنَّ قال ابن عباس رضي الله عنه اي لا طهار
 عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر
 لانها في حقهن كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول
 العدة لان مدة الحامل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انتضاء العدة
 لا يتعلق به فصار كما لمدة طهرها فان طهرها وان امتد شهرها فهو فصل واحد لا يفرق التطبيقات فيه

فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التنصيص عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلية السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممددة طهرها جواب عن قياس قول محمد رحمه الله بالفرق بان هناك لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر ابي تجدده وهو مرجوفها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا يكون محسوبة منها فتطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه رحمه الله ان المراد بالنهي عنها هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ اَي لا تطهار عدتهن والامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم مرايتك فايراجعها لما انه لما كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض لاجل الحيض كان منها عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين رحمه الله المراد بالنهي قوله تعالى وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرفت في الاصول واما الاستحباب فلقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مرايتك فايراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والبحث على الرجعة بعبارته قال المصنف رحمه الله ثم الاستحباب قول بعض المشائخ رحمهم الله ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقريته ان الرجعة

حقه ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملاً بحقيقة الامر قبل الامر لعمر رضي الله عنه وحقيقة الوجوب على عمر رضي الله عنه ان يأمر ابنه بذلك ولادلالته في ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب فصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امرة بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر رضي الله عنه فيجب عليه المراجعة وقوله ورفعاً للمعصية معطوف على قوله عملاً وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعاً لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المصنف رحمه الله وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي رحمه الله بين الروايين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما والمصنف رحمه الله ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايين مروية في الحديث رواه البخاري مسنداً الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مرة فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسه وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسنداً الى سالم عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مرة فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف رحمه الله الى بيان وجهيهما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر قوله ومن قال لامرأته اعلم ان من قال للمدخول بها انت طالق ثلثاً للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء اولاً وكل واحد منهما على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئاً فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له

(كتاب الطلاق * باب طلاق السنة)

ولانية له فهي طالق عند كل طهر وتطبيقه وان نوى ان تقع الثلث الساعة وعند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراى به ولنا ان اللام فيه اى في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذ لم يكن له نية كان مطلنا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لاجماع فيه تطبيقه واذ نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلثة دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهي سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته الغا بانته منه بثلاث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا ووقوعا وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي ووقوعا وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني ووقوعا وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها ليل الحاجة على ما بينا قبل هذا لان الشهر الواحد في حقها قائم مقام الحيض واذ نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا انه سني ووقوعا واذ قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا احاضت وطهرت وقعت تطبيقه لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطبيقه مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المصنف رحمه الله لا تصح قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت

ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه
لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف في تكرر المظروف وانا نوى الجمع بطل تعميم
الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية
الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس
الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رحمهم الله ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان
التطبيق المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر
لاجماع فيه والحسن ان يطلقها الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي
التطبيق المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة او طلاقا للسنة كذا في بعض
الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التبريق على الاطهار كما ترى ونقل
قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثا وفيه نظر لانه يستلزم
التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له
عندنا واعلم سبب اختيار المصنف رحمه الله عدم الوقوع جملة *

فصل

لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع
طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله صلى الله
عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي
يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه
كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي
والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف
بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه

فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع
عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الاكراه لا يجمع الاختيار لافساد اياه
واعتماد التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف
فيه موجوداً وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الايزي ان من اراد
ان يقول لامرأته استيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن مختاراً الحكمة لكونه مختاراً
في التكلم ولما انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته
اي حكمه لئلا يلزم تخاف الحكم من عائته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به
مكرهاً فانه لغو لكونه خبراً يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل
على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كاذباً فبما لاخبار عنه لا يصير صدقاً وقوله في حال
انديته احتراز عن الصبي والمجنون وتثريب حجة ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال انديته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهوئهما واختار اهوئ الشرين
آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في
الطائفة ان العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته الى ان يتخلص عما توعد به
من القتل او الجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً
لما كان له اختيار فسخ العقد التي باشرها مكرهاً من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس
كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضاء بالحكم
غير مختل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين الهازل والمكره
فرق وهو يطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والافساد
في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختياراً
كاملاً في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلاً فكان اختيار
الهازل ايضاً غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالآخر

(كتاب الطلاق * باب طلاق السنة * فصل)

جائزاً وطلاق السكران واتع واختار الكرخي رحمه الله والطحاوي رح عدمه والوجه من
 الجائزين على ما ذكره في الكتاب واضح خلافاً في كلامه تسامحاً لانه جعل العقل زائلاً
 بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب
 كالمعدوم اطلق الزوال مجازاً للخصم حيث لم يضره ذلك واعترض بوجهين أحدهما
 ان شرب المسكر كفر المعصية فما بال السفر صار سبباً للتخفيف دون شرب المسكر والثاني
 انه لما جعل العقل باقياً في الطلاق حكماً زجراله كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة أولى
 لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان
 انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقياً زجراً بخلاف سفر المعصية
 فان نفس السفر ليس بمعصية وامكان انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح
 لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن في الردة الاعتقاد والسكران غير
 معتقد لما يقول فلا يحكم برده لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرير السبب واعمال الاقرار
 بالحدود فان السكران لا يكاد يثبت على شيء فيجعل راجعاً مما اقر به فيؤثر فيه ما يحتمل
 الرجوع وفي توله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين أحدهما الفرق بين الشرب وسفر
 المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظوراً واما غيره
 وهو ان يكون من مباح كالبنج وابن الرماك وغير الخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو
 كالاغماء في حق وقوع الطلاق والعناق واكد ذلك بقوله حتى لو شرب فصdec وزال
 عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر
 الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك
 واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة
 وهنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله
 وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق الامة ثتان انت الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه

كلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بالجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقاً للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرماً بتكريم الله تعالى قال الله تعالى وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ الْآيَةَ وَمَعْنَى الآدمية في الخبر اكمل اصلاحه لما لا يصلح له العيب من الولاية والشهادة واخلوصه عن معنى المالكية التي تجعل المملوك في كون البها ثم ملزوما فكانت مالكية ابلاغ واكثر فان قلت الدليل اخص عن المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبداً والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر بن ثابت رضي الله عنهما ولما قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان الامة ثنتان فلم يبق للام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت العبد عدلا بالحدِيثين اجيب بانه يقتضي ان تكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصها لكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان مدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حرا او عبداً بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام فيكون المراد بالامة الامة تحت عبداً والضمير عائدة اليه مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابية لا يجدي في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثر في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزويج ما فوق

الاثنين فكذا في حق النساء فانها لا تزوج مع الحرية ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عتدة ونصفا اي طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العتدة لا تجزئ فكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله وتاويل ما روى يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها فرفع ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم اطلاق بالرجال * واذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية وكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو تلباه لتضرر المولى فيه فتركناه لاجله والله اعلم *

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلدة وطلتكم يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحة فالصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعلوثهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا تبطل الزوجية ورد بانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم الزوج حقيقة وهي لا يترك الابدان والمالفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جاريته بالخيار له وللشترى فانه لم يثبت الملك فيها للشترى ثم اذا فسخته يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح مظهر المراد به ظهورا بينا بكثره الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه

معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة اذا لم ينوشيثا وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيْمٌ يَّحْسَنُ الْاِمْسَاكُ بِالْمَعْرُوفِ هُوَ الرِّجْعَةُ وَالتَّسْرِيْمُ بِالْاِحْسَانِ هُوَ تَرْكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ وَحَقَّقَهُ اَنْ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الرِّجْعَةَ الْاِمْسَاكُ وَالْاِمْسَاكُ اِبْقَاءُ الشَّيْءِ عَلَى مَا كَانَ فَمَا دَامَتِ الْعِدَّةُ بَاقِيَةً كَانَتْ وَلَايَةُ الرِّجْعَةِ بَاقِيَةً وَاِذَا انْقَضَتْ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ بَانَتْ فَصَارَتْ الْبَيْنُونَةُ مُعَلَّقَةٌ بِالْاِنْقِضَاءِ كَذَا قَالَ الْوَلَوَاتُ لَمْ يَنْقَضِ اِنْ يَقُولُ اَنْ سَلِمْنَا دَلَالَتُهُ عَلَى تَعْلِيْقِ الْبَيْنُونَةِ بِالْاِنْقِضَاءِ جَازٍ اِنْ يَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ مَا لَمْ يَنْوِ الْبَيْنُونَةَ فَلَمْ يَبْقِ حُجَّةٌ فِيمَا نَوَى فِيهِ وَلَوْ قَالَ لَانَ الطَّلَاقُ ثَابِتٌ اِقْتِضَاءً وَامْتَقَضِيٌّ ضَرْوَرِيٌّ وَالضَّرُورَةُ تَدْفَعُ بِالرَّجْعِيِّ فَلَا حَاجَةَ اِلَى الْبَائِنِ اِنْ كَانَ اسْلَمَ وَمَوْضِعُهُ اَصُولُ الْفَقْهِ وَقَوْلُهُ فَيُرَدُّ عَلَيْهِ يَعْنِي قَصْدَهُ وَتَقْرِيرَ الْحُجَّةِ لَأنَّهُ قَصْدُ تَنْدِيمِ مَا اخْرَجَهُ الشَّرْعُ اِلَى وَقْتٍ وَكُلِّ مِنْ فَعَلٍ كَذَاكَ يَرُدُّ عَلَيْهِ قَصْدُهُ كَمَا فِي قَتْلِ الْمَوْرَثِ اَصْلُهُ بَقْرَةُ نَبِيِّ اسْرَائِيلَ وَلَوْ نَوَى الطَّلَاقَ عَنْ وَثَاقٍ يَفْتَحُ الْوَاوُوهُو الْقَيْدُ وَالْكَسْرِ فِيهِ لَغَةً لَمْ يَدِينْ فِي الْقَضَاءِ اَيَّ لَمْ يَصْدُقْ وَحَقِيقَتُهُ دِينَتُ الرَّجُلَ تَدِينُنَا وَكَلَّمَتُهُ اِلَى دِينِهِ فَاسْتَعْمَلَ فِي التَّصْدِيقِ مَجَازًا لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ لِأَنَّهُ صَرَفَ الْكَلَامَ عَمَّا هُوَ صَرِيحٌ فِيهِ اِلَى مَا لَيْسَ بِمُعَارَفٍ فِيمَا عَلَيْهِ تَخْفِيفٌ وَكَذَلِكَ لَا تَسْعُ الْمَرْأَةُ اِنْ تَصَدَّقَتْ فِي ذَلِكَ وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ اِذَا الطَّلَاقُ مِنَ الْاِطْلَاقِ يَسْتَعْمَلُ فِي الْاَبْلِ اَوْ الْوَثَاقِ وَيَحْتَمِلُ اِنْ يَكُونُ الطَّلَاقُ عِبَارَةً عَنْهُ مَجَازًا وَلَوْ نَوَى بِهِ اَيَّ يَقُولُهُ طَالِقُ الطَّلَاقِ عَنِ الْعَمَلِ لَمْ يَصْدُقْ فِي الْقَضَاءِ وَلَا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ الطَّلَاقُ لِرَفْعِ الْقَيْدِ وَهُوَ قِيلَ اَيَّ الْمَرْأَةَ بِنَاوِيلِ الشَّخْصِ اَوْ الْذَاتِ وَلَيْسَ بِشَيْءٍ بَلْ يَعُودُ اِلَى الْقَيْدِ الَّذِي يَرْفَعُهُ الطَّلَاقُ وَهُوَ النِّكَاحُ وَتَقْرِيرُهُ الطَّلَاقُ لِرَفْعِ الْقَيْدِ النِّكَاحِيِّ وَالْقَيْدِ النِّكَاحِيِّ غَيْرُ مَقْبُولٍ بِالْعَمَلِ فَالطَّلَاقُ لَيْسَ لِرَفْعِ الْقَيْدِ بِالْعَمَلِ وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ اَنَّهُ يَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى لِأَنَّهُ الطَّلَاقُ يَسْتَعْمَلُ

في التخليص فكان معناه انت مخلصه من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت
 طالق من عدل كذا موصولا صدق ديانته رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء
 لا يكون طلاقا الابالية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا
 كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية وقوله ولا يقع به من كلام القدوري متصل
 بقوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة
 الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع مانوى لانه محتمل
 لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي
 ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل
 اللفظ تصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللمثلث طوالم وكل ما هو
 نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب
 عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل
 على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطبيق كالسلام بمعنى
 التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تنصف
 به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا لانه فكان ثابتا ضرورة صحة
 الكلام والمتنضي لا عموم له وقوله والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح
 قران العدد به وهو واضح وقوله واذا قال انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله
 انت طالق اعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح
 فيه نية الثلث كما لا يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا تصح في طالق
 لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلعلم فيه جانب
 المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقيته كلامه واضحة **قوله** ولو قال انت طالق الطلاق
 ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة بقولي الطلاق اخرى

اخرى فان لم تكن موطوءة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق وتقع طلقتان رجعتان لان
 كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق
 ولو اضاف الطلاق الى جملة ما مثل قوله انت طالق لان الناء ضمير المرأة وذكره اذا وان كان
 قد علم مما قبله تمهيد الذكر ما بعده او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتيك طالق
 قال الله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فَطَلَّتْ اَعْنَاقُهُمْ
 لَهَا خَاضِعِينَ ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك
 طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا
 الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن
 لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح
 وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا اضيف
 اليه الطلاق يثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع
 فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد اذا اضيف اليه ثم سري الى الكل
 اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة ان الحرمة في سائر
 الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فتمنع عن السريان وفي الطلاق الامر على القلب
 يعنى الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى
 غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد
 عليها دخل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكر التبع اما اذا ذكر
 التبع فلا يكون ذكر الاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم
 باليد عن جميع البدن في قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب
 بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت اضمار
 صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله

اذا قال لها رأسك طالق وعني اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعدان يقول لا تطلق
ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعدان يقول بانها تطلق واذا قال
ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشائخ رحمهم الله فقال بعضهم يقع الطلاق لان
الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف
رحمه الله والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع
البدن ولهذا الوقال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف
تطبيق او ثلثها طلقت تطبيق واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزئ وهو الطلاق اي نصف
التطبيق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزئ كذكر الكل كالغزو عن بعض القصاص
صيانة للكلام عن الالغاء وتغليباً للمحرم على المباح واعمالاً للدليل بقدر الامكان لانه
اذا قام الدليل على البعض وهو ما لا يتجزئ وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل وكذا
الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثلث والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزئ ولو قال
لها انت طالق ثلثة انصاف تطبيقين فهي طالق ثلثان نصف تطبيقين تطبيقاً ثلثة انصاف
تطبيقين تكون ثلث تطبيقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر
الاسلام رحمه الله انما اورد يعني محمداً رحمه الله هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد
نصفته لا يكون الانصافين فالقول بالثلاثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذه
التسمية الطلاق يعني اراد ثلث تطبيقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطبيقين باعتبار
ما ذكرنا ان نصف تطبيقين اذا كان تطبيقاً فثلث انصافهما يكون ثلث تطبيقات ومن
الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول تقع واحدة لان ذكر العدد
صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد
او مجازاً ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم
تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه

لجوازها عند ابي حنيفة رحمه الله والاتصال بوجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الاثنتين ولم يقل قد اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع تطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امرأته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فتقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام من ظاهرة وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل تقع طلقتان وهو المنقول عن محمد رحمه الله في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصارك قوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشائخ رحمه الله تقع ثلثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث تطليقات لا محالة **قوله** ولو قال انت طالق من واحدة الى اثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه على الغاييتين فاما ان تدخل الغاييتان وهو قولهما ولا تدخل وهو قول زفر رحمه الله او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والتقسيم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر رحمه الله ان غاية الشيء لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة رحمه الله حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحيروا وروى فخر الاسلام ان الاصمعي رحمه الله هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث

قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له مات قول في الرجل قيل له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين او يكون ابن تسعة فتحير زفر رحمه الله وقال استحس في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة لانه لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا الغنى آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيرة خذ من مالي من درهم الى مائة * ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من الالف والالف من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه يعني الاكثر من الالف والالف من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى اثنين واجيب انه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والالف الواحد والاكثر من الالف والالف من الاكثر ثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الالف والاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الالف معناه اذا كان بينهما عدد كما في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والالف من الاكثر معناه اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى اثنين وعلى هذا الاعتراض سافط وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيرة خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر رحمه الله ووجهه ان القياس ان لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد وان تكون موجودة لانه اوقع الثانية ولا يصح الابد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليرتب عليه

عليه الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل اننا لم نقل بان الغاية داخله وانما قلنا انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها وقوع ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية واجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى اثنين او ما بين واحدة الى اثنين واشباههما واحدة صدق ديانته لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في اثنين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله تقع ثتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في اثنين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض ازالة كسريقع عند القسمة فمعنى واحدة في اثنين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة واثنين فهي ثلث لانه محتمل لان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف وقوله ولو كانت غير مدخول بها واضح وان نوى واحدة مع اثنين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلني في عبادي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق معنى فقهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني * ولو قال اثنتين في اثنين ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الآخر كاربعة في خمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثتان وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عدل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب * ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذ اصرح بذكر الطول فقال انت طالق تطبيقه طويلا وقع رجعا عنده فكيف صح تاويله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى من الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء بينه وموضعه علم البيان واقول هذه خطابية لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وتلنا لابل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تنصير بالنسبة الى ما وراءه * ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان آخر وقوله وان عني به ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقارنته اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة رحمه الله وقيل لان الظرف بجامع المظروف كما ان الشرط بجامع المشروط *

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكرهنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه واطافة الطلاق تاخير حكمه من وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانته لكنه مخالف

مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افراد متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار مخصوصة فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا ظاهراً وعترض بانه لم لا يجعل غدا ظاهراً والطلاق آخر واجب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الإلغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفاً به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمي لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمل مخالف للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله لا يبي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صاردفها فيدين قضاء وديانة لا يرى ان من حلف ان لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق ديانة وقضاء وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعدم معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وغد يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى اِنَّا لَنَنْصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ يَقُومُ الشَّاهِدُونَ لَاسْتِعَابٍ فِيمَا فِيهِ الْحَرْفُ وَهُوَ ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لان نصرة الله اياهم في الآخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكلما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فتكون نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في عدم مجازة وهو الاستيعاب فاذا ابينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعدم معرفة ما ذكرناه واوفال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حاله معهوده اي معاومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم الكاح فكأنه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا اسكن ذاك صير اليه اكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظران الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطبيق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بتولاه او عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم امال لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم الكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذ لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منعه صوتا لكلام العاقل عن الانغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطبيق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر او لان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن

من عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا من كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا وما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيرة من الازواج وما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان تزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يتع الياس عن الايمان فاذا انتهى الى الموت فقد يتع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتها ما باقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسألة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسألة الكتاب يتع في ظاهر الرواية هو ان في مسألة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطابق في زمان يمكن التطابق وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتطابق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق **قوله** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او اذا لم اطلقك فاما ان نوى شيئا ولم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العذر لان اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد

(كتاب الطلاق * باب ايتاع الطلاق * فصل في اضافة الطلاق الى الزمان)

اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة رحمه الله لم تطلق حتى يموت وقالوا طلقت حين سكنت
الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى
وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ لافادة الوقت
الخالص في امر مترقب اي منتظرا محالة وبقوله واذا تكون كريمة ادعى لهما * واذا
بحاس الحيس يدعى جندب * لافادته في امركائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله
متى ومثما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى
متى بقوله ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام
عن المجلس كما في قوله متى شئت ولو كان بمعنى ان يخرج الامر من يدها بالقيام عن
المجلس كما في ان ولا يبي حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط
يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه *
واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبى خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة
الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست بموضع اذا كانت بمعنى ان ولم يستدل
على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجوز استعمالها فيهما دفعة
فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال
بخلاف مسألة المشيئة لانه على اعتبارانه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبارانه
للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظران الامر صار يدها بقوله
اذا شئت فلا يمكن ان يكون مخرجا للامر عن يدها والالزم ان يكون الشيء الواحد علة
للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثم ولو قال لهما انت طالق ما لم اطلقك
انت طالق واضح واوله بقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفعولا وقعتا قياسا واستحسانا
لانه وجد الزمان الخالي عن التطبيق وقوله واخواته يريد نحو قوله لا يلبس هذا الثوب
وهو لا يلبسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحث وان

وأن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالزرع والنزول وقوله ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم أما النهار فللبياض خاصة وأما الليل فالمسود خاصة ذلك حقيقة هما اللغوية وأما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار خاصة ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكران اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم لوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيترجم احد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمسكنة وغيرها لصحة ان يقال لبست يوما وركبت يوما وساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا اليق به وان كان مما لا يمتد به كالخروج والدخول والتدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت اودخلت اوقدمت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبار التناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يؤمنهم يومئذ دبره الاستحرفا لِقَتَالِ الآيَةِ والمراد به مطلق الوقت لان الغار من الزحف يلحقه الوعيد لئلا كان ارنهارا وقوله والطلاق من هذا التقييل يعني انه من قبيل ما ليس بمتد فيستظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذا اذا قيل عدي حرا وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدمومه لئلا ونهارا لعدم المجاز ولم يكن الامر الاختيار بيدها بقدمومه لئلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما الامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشائخ رحمهم الله انما هو فيد لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف رحمه الله المضاف اليه

في مسئنة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد
اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشائخ رحمهم الله
وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت
به بياض النهار خاصة دين في النضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية
الحقيقة مع استغنائها عنها *

فصل

لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة
وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها ان تذكر في مسائل شتى وعن قال لامرأته
انامك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انامك باين او عليك حرام ونوى
الطلاق طلقت وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان
الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما
وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطى كما انه يملك
المطالبة بالتمكين ولا نهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع
لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة
والتحريم قلنا لانسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة
القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع
لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح
المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله
ولهذا اي ولا نهما مملوكة سميت منكوبة اي وارد عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها
لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما

اضافتهما الى الزوجين ولا تصح اضافة الطلاق الا اليهما * قيل لو كان الزوجان في الابانة
 والحل مشتركين لا تحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال
 انت بائن او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع
 ما لم يقل منك او عليك واجيب بان هذا اختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل
 من حيث تعدد الملك والحل من جهة دونها فانه ليس عليهما ملك غيره ولا تحل
 على غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام
 واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد من ذكر
 منك او عليك تعيينا للجهة وقوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء ظاهر وقوله
 ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة ولا بين قوله انت طالق واحدة
 او لا شيء في حق التشكيك في الایناع او في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا
 اي في الجامع الصغير قول الكل فعن محمد رحمه الله فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف
 في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شيء فكان عند محمد رحمه الله ايضا لا يقع شيء
 ثم ذكر قول محمد رحمه الله في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة ، جعية اذا قال
 انت طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين
 عنه وقوله له اي لمحمد رحمه الله انه ادخل الشك ظاهر وقوله ولهما اي ولابي حنيفة
 وابي يوسف رحمهما الله ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول
 انت طالق واحدة او اثنين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد واطلق العدد على الواحد
 مجازا من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل
 كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير
 قوله انت طالق او لا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الابري
 وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا اجتماع بين المالكية

(كتاب الطلاق * باب ايتاع الطلاق * فصل)

والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى وقوله فلان ملك النكاح ضروري بانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرية وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفى الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوخته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفى الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لاحل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فتمام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلتها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لامن وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من آثاره فلا تجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لامن وجه ولا من كل وجه متعلنا بقوله ولا بقاء وقيل لامن وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لameda هنالك يعني في حق مولاه الذي كان زوجيا اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة حتى لو اعتقها ليس لها ان تتزوج بآخر قبل انتضاء عدتها **قوله** وان قال لها وهي امه لغيره ومن قال لامرأته وهي امه لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالا عتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من آداته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق التطليق بالا عتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف رحمه الله بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطاً ووقوع الطلاق مشروطاً واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرأة انما ينفذ فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امراً شرعياً ليس داخل تحت قدرته واشار

واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطبيق لان في التعليقات يصير التصرف تطبيقا عند الشرط عند بناء على ان الشرط عندنا يمنع عملية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطبيق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لما لم يتصور في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علة، واما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو المأخوذ فثبت انه علق التطبيق بالاعتاق او العتق وادان كان التطبيق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطبيق بعدية ذاتية لكونه حكمة فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصا د فيها وهي حرية وام تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية، واجاب عنه بقوله قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فبما وجه الشق الثاني من التردد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع طلاق من قيل لها وهي اجنبية انت طالق مع نكاح لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق ايتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيذا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يازم من صيانة كلام الفاديه طلقا صيانة كلام من ليس كذلك واذ قال اذا جاء غدا فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غدا فانت حرية فجاء الغد حرمت عليه حرمة غليظة لم يحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة المتقدمة وأعلم ان دليل محمدرحمه الله على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره بتوضيح تبعا للمصنف رحمه الله قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى معنى يعنى على وجه التعليق حيث علته بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهي مجبي الغد والمعلق بالشرط انما يعتقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما ايضا والعنق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لايتأخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطلق مقارنا للعنق لان التطلق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعنق لما ذكرنا انه علة لايتأخر عنها فالتطلق يقارن العنق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العنق فاسد لان الطلاق حكم التطلق لايتأخر عنه والتطلق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن العنق فالطلاق يقارن العنق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده واذا كانت العلتان والمعلولان معافكما ان الاعتاق صادر عنها وهي امة فكذلك التطلق والطلقتان بحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمدرحمه الله ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين وهما اي الاعتاق والتطلق يوجد ان بهذين اللفظين في زمان واحد فيقدم اوجزهما في الوجود وهو قوله انت حرة فتصا دفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عايبها وهذا قريب الا ان قوله في زمان واحد يناقض قوله فيقدم اوجزهما *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالا بهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالا صعب تفيد العلم

العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخس الا بهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد رحمه الله في قوله سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمر بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الظهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء وتوضأ فادخل اصبعيه السبابتين اذينه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان اشارة بالاصابع تنيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم وقوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصفه اي وصف الطلاق بما يحتمله لفظه الا يرى ان البينة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم تكن من محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المعنيين المحتملين واعتراض عليه بانه لو كان متحملا لها لجازيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بآئنة اذ انوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحجج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملقب اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطبيق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغيره مشروعاً وهو عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقاً لئلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لان سلم انه لا يقع بائناً بل تقع واحدة بآئنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفى الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت
 ضمنا وان لم يثبت تصدا كذا افاد شيخنا العلامة وقوله فتقع واحدة بائنة يعني
 فيما اذا قال انت طالق بائن اذ لم يكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثالث فثلاث
 لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثالث انما صححت لكونها
 جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وتياس قول الشافعي رحمه الله تطليقتان رجعتان
 وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن او بنة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول
 انت بائن او انت بنة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر
 فكان كقوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما رجعا عدلا بقوله انت
 طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون
 الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى
 ان الاول يقع رجعا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقاءه رجعا وهذا
 صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعا فان اراد ما ذكرناه
 فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعا فليس بصحيح وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش
 الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة
 بائنة اذا لم يكن له نية او نوى الثنتين او نوى الثالث فثلاث ولو نوى بقوله انت طالق
 واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق
 او اشره او اشد او اكبره او اسوء لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو
 البينونة في الحال لا باعتبار اذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف
 باثره فصار كأنه قال انت بائن فان قيل افحش الطلاق او اشد ونحوهما افعال التفضيل
 فيتمضي فاحشا وافحشا والفا حش هو البائن والا فحش منه الثالث فينبغي ان تقع الثالث
 به نوى او لم ينو واجيب بان افعال التفضيل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة

من غير زيادة كقوله النافس والاشم اعدلابني مروان وهو مشهور يسمى للاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي تبنتني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عندابي حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير ان يكون محمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وقوله مثل عظم رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عندابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقوله مثل الجبل تقع به واحدة بائنة عندابي حنيفة وزفرو ومحمد رحمهم الله ان كان مع ابي حنيفة رحمه الله وقوله مثل عظم الجبل تقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عندابي حنيفة رحمه الله فوجود التشبيه واما عندابي يوسف رحمه الله فلذكر العظم واما عند زفر رحمه الله فلكون الجبل مدا يوصف بالعظم عند الناس *

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام حجة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الملموسة انت طالق ثلثا وقص وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني قبيل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الرقوع بذكر العدد الى آخره وانما يتدر المصدر والمحذوف لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لعدم دلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والايراد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جميعا جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذاك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في الطلاق قبل الدخول)

ايقاعا على حدة ونيس بالاولى ولا تقع الثانية اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادقتها وهي مبائة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة * ولو قال لها انت طالق ، واحدة فماتت قبل قوله واحدة تبطل لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد مات المحل قبل الايقاع فبطل * وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا انه اذا قرن الوصف بالعدد كان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا توافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهوان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك ما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوبة وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف **قوله** ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف رحمه الله في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فتقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فتقرنان في الوقوع والبعدي في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في الطلاق قبل الدخول)

ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فتقترنان كما مر وقوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغوا الثانية لغوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وتعت ثنتان لان كلمة مع للقران فتوقف الاولى على الثانية تحقيقا لمراعاة فوقتها معا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجودا وذلك في الطلاق بالوقوع وقوله في المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى **قوله** ولو قال لها ان دخلت الدار اذ اعلق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وا واحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وا واحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزئية فيجمع بينها فتعلقن جملة وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطابق يحتمل القران والترتيب لان تحققه في الخارج لا يمكن الا باحدا الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا انجز بهذا اللفظ بان قال لها انت طالق واحدة وا واحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحد شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فهتعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فيه فوقع الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي رحمه الله فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا

(كتاب الطلاق * باب ايتاع الطلاق * فصل في الطلاق قبل الدخول)

كما في صورة الواو سواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافاً له وذكر الفقيه ابراهيم رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الغاء للتعقيب وهو الاصح **قوله** واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او ما يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالة ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة بائنة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبري رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحدة منهن من احتمال معنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف رحمه الله في كل واحدة منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى اي ثابت بالانقضاء في قوله اعتدي واستبري رحمك كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقاً سابقاً لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقاً وقوله او مضمراً يعني في قوله انت واحدة ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ رحمهم الله يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون فتقوله هو الصحيح احراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله انه يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وأن لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وأن نوى لانها حينئذ تكون صفة لشخصها وقيل هو قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن الغرض وأن اخطأ في الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب * والثاني هو بوقية الكنايات وهي المذكورة في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثاً كان ثلثاً وان نوى اثنين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله للطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع

بالوقوع وأن ادعى الزوج عدم النية وأما جوازنية الثالث فلأن الواقع بها إذا كان بائناً فالبينونة
تصل بالمرأة للحال ولا اتصالها وجهان انتطاع يرجع إلى الملك وانتطاع يرجع إلى المحل
فتعدد المقتضي بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمبنى بمنزل من ذاك قال
المصنف رحمه الله سوى يعني التدويري سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع
الطلاق بلانية حال ماذا كره الطلاق وليس على إطلاقه بل إنما ذلك فيما لا يصلح ردا
فلا بد من بيانه وبين بقوله والجملة في ذاك أن الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة
الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق بأن تسأله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلاثة
اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة أخرجي ذهبي أغربي قومي تنعني استتري
تخبري أما صلاحية هذه الالفاظ للرد فإن يريد الزوج بقوله أخرجي أتركي سؤال الطلاق
وكذلك ذهبي وأغربي وقومي وأما تنعني فمن الناعة وقيل من القناع وهو الخمار
ومعنى الرد فيه هوان ينوي واتعني بمارزك الله مني من امر المعيشة وتركها سؤال الطلاق
واشتغلي بالتنع الذي هو هم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخبري لانهما
من السر والخمار وما يصلح جوابا لردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بته حرام أعندي امرك
بيدك اختاري والخمسة الأولى تصلح للسب والشتمه ايضا اذا عرف هذا ففي حالة
الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتل الطلاق وغيرها
فلا بد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حال مذاكرة
الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ
الثمانية المذكورة لان الظاهر هوان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحكم انما يتبع
الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله وما يجري هذا
المجرى يريد به مثل أغربي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة
الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في الطلاق قبل الدخول)

يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشم وهو ثلثة الفاظ امتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انوا الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف رحمه الله بالخمس المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الى ملكي او انسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك بسوء خلقك واجتماع انواع الشرفيك وخليت سبيلك لتذارتك وفارقتك في المضجع لدفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي وهو مذهب عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايةات عن الطلاق ولهذا تشترط النية والكنايةات عن الطلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معتقب للرجعة كالصريح فانه انما يكون معتقا للرجعة لكونه طلاقا ولما ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحابة فتأبته ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الي اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف رحمه الله احدهما قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة عند نيته عسى ان توقع المرأة عليها نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزواج يريد فراقها كذا

كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني
 وان جعلت الثاني تفسير الاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير
 قصد لا يستقيم على مذهب الشافعي رحمه الله واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر
 قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد
 فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يريد له الرجوع فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها لثنا
 ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذاك فيتدارك بتجدد النكاح واما
 الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولتأمل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف
 الابانة قد صدر من اهله الى آخره فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف
 الابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة قد صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل
 يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها
 لا بد منها وهي لا يمكن ان تكون بينونة الغليظة لانسد باب التدارك بها فتعين ان تكون
 بينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها
 كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكنايات عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح
 في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها وقوله والشرط تعيين
 احد نوعي بينونة جواب عن قوله واهذا تشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل
 الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي بينونة الغليظة
 والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد
 جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو
 كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص
 من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله انما يصح نية الثلث جواب عما يقال لو كانت عوامل
 في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن مثلا كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل

(كتاب الطلاق * باب ايقاع الطلاق * فصل في الطلاق قبل الدخول)

بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنويع
 اليمنونة الى غليظة وخفيفة وعند اعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد المبائن ولا يصح
 نية التثمين عندنا خلافا لفرز رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب
 ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صححت لكونها جنسا آه **قوله** وان قال لها
 اعدي اعدي اعدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا
 وقعت ثلث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا
 لا غير وقعت ثلث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت
 واحدة نوى بالاولى حيضا لا غير وقعت ثلث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان
 نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت
 ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا
 لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلث نوى بالآخرين طلاقا لا غير
 وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالآخرين حيضا لا غير
 وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلث نوى بالاولى والثالثة حيضا
 لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى
 والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا
 وقعت ثلث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة
 حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة
 وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل
 مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما
 يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرء لنفسه *

فصل في الاختيار

في هذا الباب ثلثة فصول بالاستقراء وذكرها متواليه وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه الالفاظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك تملكه لغيره لكن استحسنا ترك القياس لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمرو وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمرو جابر وزيد وعائشة رضي الله عنهم انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا اقامت فلا خيار لها ولم ينتقل عن غيرهم خلاف ذلك فحمل محلل الاجماع وقوله ولانه تملك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخير من الزوج مطلق ولما قل فيما يحتمل التأيد بدلتنا تركنا هذا القياس بآثار الصحابة رضي الله عنهم والمصنف رحمه الله جعله كالبيع في كونه تملكاً ثم لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتأبدى او مما لا يتأبدى فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المصنف رحمه الله التخير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية ثم فرق صاحب النهاية بين التملك والتوكيل بان التملك يقتضي ان يكون المملك له عاملاً لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الاختيار)

الوكيل عاملاً لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا وأورد
على ذلك شبهة أحدها ان رب الدين اذا وكل المديون ببراء ذمته عن الدين فهو
وكيل وأن كان عاملاً لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاختصار
على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان
تمليكا توارده ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقتي نفك
ثم حلف ان لا يطلق فطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث
واجاب عن الاول بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته
والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في
ضمن صحة وكالته وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره
واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف
وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها
الا بالقبول قبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده
وعن الثالثة بان المسئلة متنوعة والمنع المذكور في الزيادات ثم المرأة اما ان تختار زوجها
او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل
عين هذا اللفظ طلاقا وانما أخذ بقول عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك
شيء قالت عايشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن
ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان
اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن * ولا يقع ثلث وان نوى الزوج
ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر
النفس في كلامه اركلامها قال في النهاية هذا البس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق
البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم

ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالنطق والاختيار وهو واضح وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا يتعين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا يتعين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارا بيان ما يقوم مقام النفس في التفسير لان الهاء اي التاء في الاختيار تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطبيقه ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري نفسك بما شئت او بثلاث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيار كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارا والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيار لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيار ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمل ان لم ترد فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّزَوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهُمَا فَتَعَالَيْنِ أُمْتِعْكُنَّ وَأَسْرِحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها فقال اني مخبرك بامر فلا تحبينني حتى تسألمي ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت افي هذا استأمر ابوي لابل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الاختيار)

على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستتبال والحقيقة يمكن أن تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيمانا لا وعدا بالإيمان وكذا الشاهد إذا قال أشهد بكذا فلا يصار إلى المجاز بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن الحمل على الحقيقة متعذر إذ ليس ثم حالة قائمة بالمتكلم حتى يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية من فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهذا اختيارها نفسها لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستتبال وهم اعرف بالموضوعات وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معني المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد هنا دلالة على إرادة الحال به إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وإداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر لكلامهم فيه وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان وأهل البيان لم يتعرضوا للذكر فبدأ وصل اليان من كتبهم وأهل الأصول نقولوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف رحمه الله ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف **قوله** ولو قال لها اختاري اختاري ولو قال لها اختاري ثلث مرات

مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس و عندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذا الاختيار في حق الطلاق وهو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فان الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لمفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد فكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الي بالكمة الاولى والذي صار اليها بالكمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك تقع واحدة فكذا هي ولا يبي حنيفة رحمه الله ان هذا وصف لغولان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اول وهذا جاء آخر وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى واخניהا واذا الغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا الغا في حق الاصل لغا في حق البناء واذا الغا في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكلام فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاول اسم لمفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه فالجواب عن الاول ان اهل اللغة انما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل واردة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة مادل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السابق هو المقصود فصيح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمها الفردية

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الاختيار)

في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاءه الله عن المحصلين خيرا وقوله ولو قالت اخترت
اختيارا فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطبيقه
يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد طلقت
نفسى او اخترت نفسى بتطبيقه يوجب الطلاق اى البيسوته بعد انتضاء العدة لكونه من الفاظ
الصريح وما يوجب البيسوته بعد انتضاء العدة كان عند الوقوع رجعا فهذا اللفظ يوجب الرجعى
فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البيسوته
اشار الى الجواب بقوله فكأنها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا للتفويض من حيث
ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة
انما تنصرف حكما للتفويض والتفويض بتطبيقه بائنة لكونه من الكنايات فيملك
الابانة لا غير والاصح من الرواية هي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط
والجامع الكبير والزبادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدور
الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا ساعدم ما ذكر في عامة النسخ
فانه ذكر في الجامع الصغير لقا ضيخان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطبيق لا يتناول اكثر
من الواحدة وانما تكون بائنة لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخير بائن لانه تملك النفس
منها والرجعى لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطبيقه او اختاري بتطبيقه
فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهي تعقب الرجعة
قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التدبير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله
طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من
الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا اصح بالعكس لكون
الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد
والاختيار دون ما يؤل اليه من المعنى وهذا اضعفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اختر جوابا له *

فصل في الامر باليد

آخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذاك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم
 اذ جعل الرجل امرأته يدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية
 الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ما هو
 مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر
 في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترت من نفسي او اخترت
 نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار
 الا اذا ثبت انه اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع واذا
 قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك الثلث فقالت قد اخترت منك نفسي بوحدة
 فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة
 على الثلثة اما الاول فتدبرينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا بالامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
 فكنا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على
 الثلثة فلان الواحدة صفة الاختيار فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي
 باختيار واحدة بدليل ما بعده وهو قوله في الاولى والاختيار وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة
 الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيار فعبر عنها بمفهومها وبذلك اي بقوله اخترت
 نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيار واحدة
 وحين نوى الزوج الثلث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها امرك
 بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة باثنتان لان الواحدة
 نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو
 في الاولى الاختيار لدلالة اخترت عليه وفي الثانية التطبيق لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الامر باليد)

التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيار مع تقدم قوله والواحدة صفة الاختيار لانه اعادة لبيان
قربة المحذوف فكأنه قال وهو في الاولى الاختيار لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية
التطبيق لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع
بها بائن فيما سوى الثلثة المذكور، فكان التفويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها فتولاه
في البائن خبران وتقريره ان التفويض حصل في البائن ضرورة انه ملكها امرها فان تملكه
ياها امرها يقتضي البينة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها اخرج جوابا لصفة الصفة
المذكورة يعني البينة في التفويض المذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل
ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطبيق في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب
امرك بيدك عند المصنف رحمه الله حتى كان الواقع في الاول رجعي كما تقدم وفي الثاني
بائنا كما ذكره وهل هذا الادليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون
فالجواب ان القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج الا انا استحسانا لاجماع
الصحابه رضي الله عنهم والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لاني البائن فليس فيه ما يمنع
من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق
قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلث
في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام
الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلَّهِ اراد به الاشياء كلها وان كان
الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية من قوله طلاقك بيدك
والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فتكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله
اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حتمناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان
الاختيار لا يتوَع والله اعلم بالصواب **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد
ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت

حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيد هابعد غد لانه صرح بذكر الوقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني الغد لم يتناول الامر فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا امرين فبردا احدهما لا يرتد الآخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم وقوله اذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى ادراج ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهرو هو ان الطلاق لا يحتمل التاميت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ كانه قال وامرك بيدك بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر وقوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمرأة ان ترد الامر باليد الذي صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا وقوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة رحمه الله هذه هي الرواية الصحيحة وجعل فاضيل خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احد وقوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فتقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيارها ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق اليه اشار بقوله وقد حققناه من قبل وقوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه * وان جعل امرها بيدها او غيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تملك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتملك

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الامر باليد)

يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي
 جوابا في المجلس كذا في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم
 وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان
 قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم تكن لتقيده بيومين فائدة
 لان المرأة اذا لم تقم عن مجلسها يوما واكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي
 ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع تعتبر مجلسها ذلك اي الذي
 سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة اولصمم فمجلس علمها يلوغ الخبر اليها لان هذا
 تملك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت
 الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه
 نظر لان التملك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنيهما
 على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التملك الذي هو معتبر فيه من باب
 تملك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار
 صار الامر بيدها في المدة النسي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتوقيت
 فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل
 التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التملك فقلنا بالاقصا
 على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب
 الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدلائل بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى
 لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع
 لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان ايها قام
 عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تملك محض لا يشوبه التعليق ولهذا الورج
 احدهما من كلامه قبل قبول الآخر جازوا اذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل

يتبدل بالتحول يعني الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار
يعني قوله ان مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره وقوله ويخرج الامر من يدها
ظاهر وقوله ليس للتدبيره اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل
على الاعراض فهو باق والمراد بقوله قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقوله ولو
كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزنه
امر قد يستند للتكرار ان الاستناد سبب للراحة كالتعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف
رحمه الله في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن ابن ابي مالك رحمه الله عنه
يبطل وهو قول زفر رحمه الله ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قليل انما خص ابا يوسف
رحمه الله بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه رحمه الله كذلك لانهما نقلاه عنه وقوله
ولو قالت ادعوا بي استشير به ظاهر وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني في انها اذا سارت
لا يبطل خيارها وهو ظاهر والله اعلم *

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط
ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة
رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله
لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر
المشيئة الاولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت
نفسى لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت
لقطع وصلة النكاح الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال
الزوج قد اجزت ذلك بانتهى الفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تظليفا فكانت الابانة

موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان صحيحا من حيث الاصل الا انها زادت فيه ابي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تنفد الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغوا الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحیح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائة وقوله وينبغي ان تقع تطليقة رجعية انما قال هكذا تفسير الكلام محمد رحمه الله فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر وارى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغوا الوصف الزائد ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها انت بغير ما فوض اليها حيث كان المفوض الطلاق وما انت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف رحمه الله انها تطلق طلاقا بائنا لان الزوج ملكها ابتاع الطلاق مطلقا وهو يملك ابتاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس نظرا الى التملك وفيه مطالبان احدهما ما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جازان يكون معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ما وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود طلاق الضررة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعاً وعادة فلا يصلح شرطاً واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق

طلاق ضررتها عاملة للزوج وفيه نظرا نها في طلاق الضررة اعدل لنفسها منها في طلاق نفسها
ولان الصورتين اما ان تكونا من باب المشيئة او المآل شمول التمايك او شمول
التوكيل او التحكيم الباطل وقوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولثائل
ان يقول التملك في هذه الصورة موجودا ولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق
وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك والجواب
ان الاقتصار على المجلس من احكام التمايك والحكم قدينا خرمنا كفا في شرط الخيار
وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله وان قال لرجل طلق امرأتي واضح
ومناطه ما ذكرنا في التملك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل عامل لغيره
وقد علمت ما عليه ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس
للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح
لانه يتصرف عن مشيئته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذ اتساويا
كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة
لا يخرج التوكيل الى التملك ولنا انه تملك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف
عن مشيئته لا يقال قد تبين أننا ان الوكيل ايضا يتصرف بدشيئته لا نقول المشيئة نوعان
مشيئة يفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشيئة اخرى يترتب
عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة خطر برفعها قوله طلقها
ايقاعا للفعل للموكل والثانية اذا تكون في المالك وقد فوضه اليها بقوله ان شئت فكان
تمليكا هذا ما مكنتني تلخيصه من كلام الشيخ رحمه الله ولثائل ان يقول كونه عاملا لنفسه
لازم من لوازم التملك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذ انبني الكلام على ما قدمت
ان التملك اقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعي على نفس التصرف
لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في الماشيئة)

الضرة على ما مر ثم أقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تملكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لا جنبي طلق امرأتي فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تملكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمل له فاعله مخلص وقوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر رحمه الله صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلثا هذا البيان مخالفة المرأة لزوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية فوجه قولها فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقها وضرتها وكما تقدم فيما ان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فاندفع عليها تطليقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة في اصل الطلاق فتكون بقولها طلقت نفسي منك مسئلة ويلغو قولها ثلثا ولا يبي حنيقة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضررتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهرا فان قيل قد ثبت من مذهبن اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلث فهنا فعدم ومرة الواحد الموجود غير الثلث المعدم فان قيل سلمنا المغايرة لكن ان قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحد على ما ذكر اجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما وقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر

ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقى نفسك ثلثان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلث
 اذ الشرط لا بد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدّم مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين
 يتعلق بمشيئة الثلث ولم يوجد مشيئة الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة رحمه الله لان
 الشرط مشيئة الثلث ومشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة كما ان ايتاع الثلث ليس بايتاع
 للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت
 فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من
 وجهين أحدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايتاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني
 انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الي النية واجيب
 عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة
 فيكون شائيا لمشيئتها الاطلاقا لايقتل كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق
 لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيه فيلغوا مبني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك
 قد يقصد وجوده مالا وقد يقصد وجوده وتوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وتوعا وقوله
 ان المشيئة تنبئ عن الوجود قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود
 فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايتاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة
 عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحمى رائد الموت اي طالبه فان ذهب
 علماءنا في اصول الدين الى ان الارادة والمشية واحدة فها هذه التفرقة فالجواب انه
 يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله
 كان لا محالة وكذا ما يريد بخلاف العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر
 وقوله لان التعليق بامر كائن تميز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان
 فعل كذا وهو يعلم انه فعله وايس كذاك واجيب بان بطلان التالي ممنوع وبعد التسليم
 نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله ان حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا

اذا حصل بفعل في الماضي بحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت
 الى آخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها
 بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك قوله وقد
 مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق كلما
 شئت ظاهر وقوله فلا يملك الايقاع جملة وجمعاً قيل معناها واحد وقيل الجملة هي ان
 يقول طلقت نفسي ثلثاً والجمع ان يقول طلقت واحدة واحدة وواحدة وهذا هو الظاهر
 ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت
 فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الطلاق الساعة
 اجيب بان حيث واين يفيدان ضرباً من التأخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضرباً من التأخير
 فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلنا مجازاً عن
 حرف الشرط لما اذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلنا
 مجازاً عن حرف ان واما اذا جعلنا مجازاً عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعلنا
 مجازاً عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازاً عن ان اولى لما انها المحض الشرط فكانت اصلاً
 في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقاً بلوقوعه في زمان
 دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي
 اعتبار الزمان خصوصاً كما لو قال انت طالق غدا او عموماً كما لو قال انت طالق في اي
 وقت شئت **قوله** وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماءنا رحمه الله فيما
 اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيئتها اولا فقال ابو حنيفة
 رحمه الله لا يتعاق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت
 تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوي الزوج شيئا
 اولم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئته في الكم والكيف فيما فالواجب اعلى موجب

موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتتها فذلك وان اختلفا بان شاءت
بائنة والزوج ثلثا او بالعكس وقعت واحدة رجعية وثلاثا لا يقع شيء لا قبل الدخول
ولا بعده حتى تشاء فان شاءت او قعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثالث لانه
فوض التطلق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد
من تعاقب الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق
ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولا يبي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف لطلب
الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم
وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله
والالكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وهو ما نسأل مشهور
وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات
ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة
بين الكم والكيف يعنى العدد والبنونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن
الطحاوي ان للمرأة ان تجعل الطلاق بائنا او ثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
صاحب النهاية باقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال
فما قرع سمعي جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مناسبة
لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق
وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظري بوضحة ان المتأخر
الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق
ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصل الطلاق ومفوضا
لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول
بها لا اثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها

(كتاب الطلاق * باب تفويض الطلاق * فصل في المشيئة)

وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبد انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان ما اوردته في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا غير فذكره لبيان ان ما ذكرته في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في الاصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمَرْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفَرْ **على** انه روي عن الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله لانها يعني كم وما تستعملان للعدد فتدفع فوض اليها اي حددت فان قيل هذا في كم مسلم واماني ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مَا دُمْتُ حَيًّا فَقَدْ وَقَعَ الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التملك لانه تفويض الى المرأة بامر نفسها والتمليك يقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تملك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولي فان قامت من المجلس بطل لما ذكرنا انه تملك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت

وان ردت الامر كان ردَّ الان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل
هو احتراز عن كل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا
للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس
في كلامه ما يدل على الوقت مرارا وقيل هو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال
يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر قد حصل الجواب في الحال ولا جواب
بعده لعدم تكرار الامر وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة او اثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا لها ان تطلق ثلثا لان كلمة ما محكمة
في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من
الاولئان وقد تكون للتبعض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم
والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعمني ما شئت
او طلق من نسائي من شئت ولا بي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعض وما للتعميم
والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنان كذلك لانه بالنسبة
الى الواحد عام وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه
ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة فاذا كان العمل بهما ممكنا لا تهمل احدهما وفيما
استشهدا به ترك التبعض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او العموم والصفة وهو المشيئة فان
النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت كان
على الخلاف قيل ثم انما نسلم انها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله
لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض
اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع وقد مر *

باب الايمان في الطلاق

لمّا فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحاً و كنايةً اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركباً من ذكر الطلاق والشرط والمركب مؤخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء وسمي يميناً مجازاً لما فيه من معنى السببية إضافة ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امرأة تزوجها فهي طالق وهو قول عمر رضي الله عنه روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي رحمه الله لا يصح وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وروي عن عبد الله بن عمر بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتما فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لو جود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط ان العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقناً به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالمفوض لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط الصحة والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط فيها ذلك عريت من الملك ظاهر لان الظاهر عدم ما يحدث فضلاً عن المتيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف رحمه الله قائل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قائم

وهو قائم بالمصرف لانه يمين ومحملة ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الانوار والتقرير قوله والحديث يعني مارواه الشافعي رحمه الله محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه صلى الله عليه وسلم عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز او ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او اثباته والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال لا يقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله فيصح يمينيا يعني عندنا على ما مر وابقاء يعني عند الشافعي رحمه الله فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطبيق فكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى الملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيتحقق معنى اليدين وهو القوة فان الحامل على الحمل او المنع للذين عقد اليمين لاجلها هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلا نه اذا انعدم الخوف فانه عدم معنى اليدين اعنى الحدل او المنع والاضافة الى سبب الملك كقوله اذا اشتريتك فانت حرب بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك قوله فان قال لاجنبية تفريغ على ما مهد من الاصل وهو ظاهر واعترض عليه بانه لم ينجوز

ان يقدر تزوجك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن
الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدى الى
مذمة كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة وان كان فقد يقع
فيما يكون محمولا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب
الشرع عناية لوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى فليس
بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر
احترتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفیان اما الاول
فظاهر لان الزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح
دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه
اصول الفقه **قوله** والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال
بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد احد حرف الشرطين وضعا وهولو * قال في النهاية لان
كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظ وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها مواضع
الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جوابهن بخلاف كلمة لو وهذا
لامدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل او المنع
وذلك انما يكون في المستقبل ولو موضوعا لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فانهي له
مدخل في ذلك وقوله لان الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك
العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط
مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير
وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي
فيقدر ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما تليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكروا
ما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريقة

طريق معرفتها وانما طريق ذلك السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليلة ههنا لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الالفاظ للشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما تليها افعال وهذا ايضا مسلم واكن قوله فنكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كَلَّمَا نَصَبْتَ جَلُودَهُمُ الْآيَةَ ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم تنته اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت ولوتزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتبارها وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاما اذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبناء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر رحمه الله وسيجي ولودخلت على نفس الزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قوله** وزوال

(كتاب الطلاق * باب الايمان في الطلاق)

المالك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم تبطل اليمين
 لما مر ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والقرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا
 باق لبقاء المحل وهي المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل
 سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس
 في الوقوع وانما هو في بقاءه يميناً واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداءً بدليل جواز ان تزوجتك
 فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو ما ان يوجد
 الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانياً ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج
 فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين واما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد
 في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللغز لا يدل على التكرار
 فوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع
 شيء لانعدام المحلية * وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب
 وهو واضح وقوله لم تطلق فلانة ليس على ظاهرة بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها
 حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله كما قيل في حق العدة والغشيان اما قولها في العدة
 فبان تقول قد انتقضت او لم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين أحدهما ان تقول
 المطلقة الثلث انتقضت عدتي وتزوجت بزواج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل
 قولها في حق حل الجماع وحرمة بقولها انا طاهر او حائض وقوله لكنها شاهدة في حق
 ضرته ابل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهوانها لا يخلو من الحيض وعدمه
 والمال شمول طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع
 طلاقها جديعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما واما ان يوجد
 الحيض في حقها دون ضرته فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة
 واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصغين

وصفين متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضاؤهما وليس ذلك بيدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثم اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم متطوع بكذبها فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها اشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله وفي حقها لان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد كان حراما حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيًا واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله في حديث الاستبراء يريد به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا او طاس ولا التحبال حتى يستبرئين بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالا نقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت يوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكر في الكتاب والله اعلم

قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة هذه المسئلة لا تخلو عن اوجه ان علما ان الغلام ولدته او لا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده

(كتاب الطلاق * باب الايمان في الطلاق)

وأن علما ان الجارية ولدتها اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان لم يدرا يهما اول لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان طلقها قبل هذا واحدة لا يبطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطئ امرأة يحل له وطئها خيرا من ان يوطأ امرأة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الى آخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمر وعلى ما ذكره في الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها وقوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرط واحد لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي فائضة فتكون صحته فائضة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الي ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا او مانعا وحالة تمام الشرط بنزول الجزء لكونه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بنزول الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضره **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسألة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزواج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث لكن الثلاث يتم ما بقي من الطلاق بالاتفاق اما عند محمد رحمه الله فليعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول في الدار تقع الثلاث لان الثلاث معلقة

معلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقين وتزوجت بزواج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار ثبتت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحقيقه وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره فدخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان الجزء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزواج آخر في بقي اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزء ولنا ان الجزء طلقات هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكلما كان مانعا من وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزء لان اليمين تعقد للمنع او الحمل وهما عقدت للمنع فيكون الجزء طلقات هذا الملك واذا كان الجزء ذلك وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية ففادت اليمين لما تقدم فان بقاء اليمين بالشرط والجزء وقد فات الجزء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعتراض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لامنع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى تكون نادرة وانما هوأت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في مثل ذاك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصوران وقوله بخلاف ما اذا ابانها متعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلث اي فات الجزء بتنجيز الثلث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقين حيث لا يفوت الجزء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلاث تطلقات عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهي مسئلة الهدم وطواب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حرته

باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلاً لليمين وبينها وبين مسئلة
 الظهار فان هذه المرأة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهر امي
 ثم طلقها ثلثاً ثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهراً منها ان دخلت الدار واجيب
 عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلاً للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى
 لو فانت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطبيقات الثلث
 لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بالتكفير وهذه
 بوجود الزوج الثاني الا انها ان دخلت الدار بعد التطبيقات الثلث انما لا يصير مظاهراً
 لان الظهار تشبيه المحللة بالحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج
 بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار وقوله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق
 ثلثاً ظاهر وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرججه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه
 معناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي قوله ولا
 دوام للدخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الدخال ولا دوام له
 قوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المثل اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر
 المثل وبه قيد الامام العتابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس
 اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابي يوسف
 رحمه الله وامادوام المساس فهو موجود بالا جماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعاً
 في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة * فصل

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكم بالباقي بعد النيا والحقه بفصل التعليق لتأخيرهما في كونهما بيان التغير
ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه
على الاستثناء ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا بصورة ذكرها بقرب من التعليق
في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتباره
ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال وَلَا يَسْتَنْوُونَ وَآخِثُوا فِي ان قوله ان شاء الله بعد
ذكر الجمل للابطال او التعليق فذهب ابو يوسف رحمه الله الى الاول ومحمد رحمه الله
الى الثاني والى هذا اشار المصنف رحمه الله في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب
فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما بطلان او تعليق وسند كثر مرة هذا الاختلاف
هناك ان شاء الله تعالى واذا قال لا مرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع
الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به
لا حنث عليه ولا نه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط
عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً وانتفاؤها
كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعلينا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة
والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا اصلا فيكون
اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط
لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر
الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد رح او ذكر الشرط
يعني على قول ابي يوسف رحمه الله وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق
يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تعالى لا يقع الطلاق لان الكلام خرج

(كتاب الطلاق * باب الايمان في الطلاق * فصل في الاستثناء)

بالاستثناء من ان يكون اجابا واذا بطل الاجاب بطل الحكم فان قيل الاجاب وجد في حيوتها والاستثناء بعده فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الاجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الاجاب لو اتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تعالى وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثنى وان قال انت طالق ثلثا الواحدة طلقت ثنتين وان قال الاثنين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلا فالنساء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والا صل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثبوت اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احتراز عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لافرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا من الجملة لبقاء التكلم ببعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول له عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء ليصير متكلمابه وصارفا للفظ اليه فبقي الكلام الاول كما كان ويقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وايس كذلك لما انه ابطال استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية يحتمل الرجوع وذكر المصنف رحمه الله في زيادته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طواق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طواق الا زينب وعمرة

عمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء
تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان
الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الاتسعا لما انه لا مزيد على الثلث
شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم *

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنبأ وبدعياصريحا وكناية تنجزا وتعليقا كلا وجزا شرع
في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكرنا من المرض من العوارض السماوية فاخبرناه
عن حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى
طلاق النار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه
ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلا للثا فعي رحمه الله قيد بالابانة لان الطلاق اذا
كان رجعيا كان ثوبتها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار القرار وقيد
بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فصيح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا
كان برضاها لا ترثه وبمن ترثه لانها ان كانت كتابية اوامة لا ترث وبالموت في العدة
لانها ان مات بعد انقضاء ثالم ترث خلا للمالك رحمه الله وحكم القرار كما ثبتت من
جانبه ثبتت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها وقال الشافعي
رحمه الله لا ترث في الوجهين يعني قبل انتضاء العدة وبعد هالان سبب ارثها منه الزوجية
وقد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت * ولنا ان الزوجية سبب ارثها
منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج تصد باطل هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه
قصة بتأخير عمله اي عدل الطلاق الى زمان انتضاء العدة دفعا للضرر عنهما فان قيل ان كان
سبب تأخير العمل دفع الضرر عنهما وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انتضاء

(كتاب الطلاق * باب طلاق المريض)

العدة وما بعده أجاب بقوله وقد أمكن يعني إذا يصح تورثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً وقد أمكن ذلك إلى زمان انتضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز أن يمتنع في حق أرثها منه دفعاً للمضرة عنهما بخلاف غير الموطوءة وما بعد انتضاء العدة لأن التأخير فيها غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلاً وقوله والزوجة في هذه الحالة جواب عن قوله وإلهذا لا يرثها إذا ماتت معناه أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا ماتت أصلاً لأنه لم يتعلق حقه بها لها وأما لأنه رضي بحرمته عن الارث حيث أعدم على الطلاق وأما لأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه الوجه له وقوله وإن طلقها نكاحاً بامرأها ظاهراً قبل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها استتقت ميراثي من فلان وثم لا يسقط واجب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكماً وإذا رضيت حكماً بارتناضها فيسقط الارث ضمناله وكم من حكم يثبت ضمناً ولا يثبت تصداً وكذا إذا اختارت نفسها لانه دليل الرضاء بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المآل لتحصيل الفرقة وهذا ادل على الرضاء بها وقوله وإن قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند أبي حنيفة رحمه الله ويجب ما أقر أو وصى بالغما ما بلغ فيهما عند زفر رحمه الله وقولهما في الاولين كقول زفر رحمه الله وفي الثانية كقول أبي حنيفة رحمه الله قال زفر رحمه الله الميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية فانه إذا زال المانع يعمل المنتضي عدله ووجه قولهما في الاولين انهما لما تصادقا على الطلاق وانتضاء العدة صارت اجنبية فأنعدمت التهمة واستوضح ذلك بقوله الأيرى

الابرى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقربة حيث لا تجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثار له على غيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقربة فاقامه الشرع منامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولا يبي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعا على الاقرار بالفرقة وانتضاء العدة ليهربا الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فردناها ولا تهمة في قدر الميراث فصحتها قوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه تقبل شهادته لها وهو واضح **قوله** ومن كان محصورا او في صف القتال هذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش وفسره بمن يكون بحال لا يقوم لحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا اخوات تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلا طمت الامواج وخيف الغرق صار كالمرضى في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمرضى ومنها المتعد والمفلوج مادام يزداد به فهو كالمرضى فان كان بحيث لا يزداد كان بمنزلة

(كتاب الطلاق * باب طلاق المريض)

الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه فلم يكن كذلك **قوله** وقوله واذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل او مات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان رحمه الله يقول ان لاميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات من سبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا به لانه يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكننا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح الكلام فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء بمعنى وجدت تامة لا تحتاج الى خبر وقوله يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا يظهر بمسئلتين احدهما انه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف ان لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنت فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله الفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارقا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير ذلك الفعل ظلما فلا ترث واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل المصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لاجباب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني صار كأنه طلقها بسوءها لما ان الرضاء بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لانسلم ذلك فان احد

احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربه فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين
الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم
القرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم بشبهة العدوان
فانه روي عن عمرو وعثمان وعلي رضي الله عنهم و تابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه
ايضا لشبهة الرضاء ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضاء المرأة فيكفي ذلك
لنفي حكم الفرار وقوله اوفي العقبين راجع الى صلوة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان
كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان
الفهم في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله اي لا ترث
المرأة لانه حين عاق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلايتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد
بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدافيكون
هذا كالتعليق بنعل اجنبي او سجي الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة
فكذلك ههنا لان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون قارافان قيل في هذا مناقضة
من جانب زفر رحمه الله لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايتا عا في المرض والجواب
ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقتها به المصنع معتبرا لان الشرط لما كان فعلها
جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز
الاعتبار وقوله لان الزوج الحجها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه صلة
لا سقط حقتها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبيونة
في الارتداد يظهر فيما ذكره بدقائه من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البيونة
واما اذا طاعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع
الفرقة بالمطاوعة وقوله لان المحرمية لا تنافي الارث يعني بل تنافي النكاح كما في الام
والاخذ وقوله وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب

الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد رحمه الله لا تَرث قبل لان الطلاق انما يقع بلعانها
لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان
النضاء آخر المدارين واجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابد اثبت
بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك
لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملحوظا بفعل لا بدلها منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بدلها
منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله وان الى امرائه وهو صحيح ظاهر وقوله قد ذكرنا وجهه
يريد به قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تظليتنا الى آخره فان قيل لانسلم ان الايلاء نظير تعليق
الطلاق بمجيء الوقت ان كان الايلاء في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفئ
فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه انشأ الايلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا
فكان نظير من وكل وكيفا بالطلاق في صحته وطلقتها الوكيل في المرض كان فارقا لتمكنه من
العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه انشأ فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهوانه
لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله
في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسوءها او بغير سوءها وسواء كان التعليق بفعلها
او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بدا ولم يكن والباقي واضح *

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً اخرها وضعاً ليناسب الوضع الطبع والرجعة
بالفتح والكسر والفتح افسح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها
تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا تكون بمقابلة مال والثالثة
ان لا يستوفي الثلثة من الطلاق والرابعة ان تكون المرأة مدخولاً بها والخامسة
ان تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كان في حضرتها اوراجعت امرأتي
 في الغيبة بشرط الاعلام وفي الحضرة ايضا او يقول رددتك اوا مسكتك او يقول انت
 عندي كما كنت اوانت امرأتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة
 بالقول واما بالفعل مثل ان يطأها او يتبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الي فرجها بشهوة
 فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه
 لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه
 فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح قلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه
 وهو اشارة الى قوله الا يرى انه سمي امساكا وهو الابقاء وقوله وسنقرره اشارة الى ما ذكر
 في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها فائضة حتى ملك مراجعتها الى آخره وقوله والفعل قديقع
 دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله كما في استقاط الخيار دليله وتقديره الرجعة استدامة
 الملك والفعل قديقع دليلا على الاستدامة كما في استقاط الخيار فان من باع جارية على انه
 بالخيار ثلثة ايام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا سقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج
 الى رفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع
 مال الالة لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قديقع
 دلالة على الاستدامة احتاج الى تعيينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح
 وهذه الافاعيل تختص به فيقع دلالة وقوله خصوصا في حق الحرية لبيان ان حل الاستمتاع
 به ليس الا بالنكاح واما الامة فتحل به ويملك اليه ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه
 قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والختانة والمشهد في الزنا اذا احتاج الى
 تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قديقع بين المساكين والزوج يساكنها في العدة
 فلو كان النظر اليه رجعة لطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا
 بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لاعتدوا

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثني اشهدا على اني قد رجعت امرأتي وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوله لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة لهما قوله تعالى فَاِنْ اَبْلَغُ اَجَلَهُنَّ فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ اَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَاشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ والا مر للايجاب * ولما اطلق النصوص في الرجعة عن قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فَاَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وقوله تعالى الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَاَمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ وقوله تعالى وَبَعُولَتُهُنَّ اَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ وقوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا اَنْ يَتَرَاجَعَا وقوله صلى الله عليه وسلم مر انك فليراجعها وقوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل المذكور استدامة للنكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كالنهي في الايلاء في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وما تلاه يعني من قوله تعالى وَاشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر الارشاد الي ما هو الاوثق كما في قوله تعالى وَاشْهَدُوا اِذَا تَبَايَعْتُمْ بدليل انه قرنهما بالمفارقة حيث قال اَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَاشْهَدُوا وهو اي الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى اتَّبِعُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاجِبُ بان ذلك فيما اذا حكم على احدي الجملتين المتقاربتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة اخرى تعلقت بهما واحدهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تزوج بناء على زعمها ان زوجها

زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وكان زوجها الذي
 اوقعها فيه مسيئاً بترك الاعلام ولكن مع ذلك لولم يعللها صحت الرجعة لانها استدامة
 للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفاً في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص
 حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت
 بغير سؤال وقعت في المعصية لان التصير جاء من جهتها واذا انقضت عدتها فقتل كذا
 راجعتها في العدة فان صدقته نهى رجعة وان كذبه فالقول قولها لانه اخبر عدلا يملك
 انشاء في الحال وكل من فعل كذاك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان
 صدقته ايضاً الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يدين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسنة
 الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح * واذا قال الزوج قد راجعتك
 فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاه ان قالت ذلك متصلاً بكلام الزوج اربع دمك
 فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله
 خلافاً لهما وقال الرجعة صادرة العدة لبقائها ظاهراً الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت
 واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا الوفا لها طلقك فقالت مجيبة له قد انقضت
 عدتي وقع الطلاق ولا يبي حنيفة رحمه الله انها صادرة حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار
 عن الانقضاء اذا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر
 عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة
 الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسألة الطلاق على الوفاق بل على خلافه ولئن
 كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به * واذا قال
 زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدق المولى
 والامة او يكذبا او يصدق المولى ونكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة
 بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول

قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انتضاء
العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له فكان كالاقرار
عليها بالكاح بان يقربانه زوج امته من فلان وهواي ابو حنيفة رحمه الله يقول حكم الرجعة
يبتني على بقاء العدة وانتضاءها وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله
في ذلك لكونه امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب
عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حقا في منافع بضعها
فاننى يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك فكان
الفرق نيرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله ولو كان على القلب فعندهما
القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهوينكرة
وكذا عنده في الصحيح لانها منتضية العدة في الحال بالاتفاق وبالاقتضاء يظهر ملك المنعة
للمولى وهي تبطل فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة
مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى
الجواب عن مسألة التزويج كما اشرنا اليه قوله وان قالت قد انتقضت عدتي ظاهر والضمير
في به راجع الى الانتضاء قوله واذا انتزع الدم من الحيض الثالثة كلامه واضح وقوله
او بلزوم حكم من احكام الطاهرات بدضي وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى
صارت الصلوة دينيا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت
اطلق الصلوة ليشاؤ المکتوبات وغيرها وقوله حتى تثبت به من الاحكام يريد به دخول
المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة
ايضا ضرورة انتضائية يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيسر واما
قراءة القرآن فلانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي
من نوابع القراءة فانه يجوز ان يقرأ في صلواتها آية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من

من دليهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تحقق حال اداء الصلوة
 فلا تكون طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة
 لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا تنقطع الرجعة وان صلت ما لم تغسل او يمضي
 عليها وقت الصلوة والجواب ان الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم
 ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي العدة ومن
 لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب
 عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد
 رحمه الله بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها
 لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كامل
 كالاصبع ونحوه انتطعت قال المصنف رحمه الله وهذا استحسان اعلم ان محمدا رحمه الله
 لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه او هو مادونه وروى انه عند
 ابي يوسف رحمه الله في العضو فما فوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر
 البدن والاكثر حكم الكل فكانها اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة
 باقية لعدم الطهارة وعند محمد رحمه الله فيما دونه فان القياس ان تبقى الرجعة لبقاء
 الحدث والاستحسان ان تنقطع لان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم
 وصول الماء اليه والمصنف رحمه الله اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل
 ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف رحمه الله وقوله
 والقياس فيما دون العضو ان لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة
 الى قياس محمد رحمه الله وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل ومادونه
 بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا
 بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصد الم تنقطع الرجعة وهذا

إشارة الى استحسان محمد رحمه الله وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا ينسارع البه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنتفع الرجعة وهذا إشارة الى استحسان ابي يوسف رحمه الله فانظر حذق المصنف رحمه الله في هذا الادراج اللطيف الذي فلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضضة والاستشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى اولان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونه فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد رحمه الله وهو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان فرضيته اختلافا فان المضضة والاستشاق سنتان في الغسل عند ما لك والشافعي رحمه الله كان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيته **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحمل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى طهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفرش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق في ملك متأكدا يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشرع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها يستتوي حق مستحق له وتكذيب الشرع لا يرد كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحققت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد

بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به
 فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغيرة وقوله الا ترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد
 يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا ثبت
 بهذا الوطى فلان ثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتاويل
 مسألة الولادة ظاهر فان خلاها واغلاق بابا وارضى ستر اعلى رواية كتاب الطلاق بكلمة
 او وعلى رواية الجامع الصغير وارضى ستر بالدارو الاول اصح ثم قال لم اجامعها
 ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطى وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه
 والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا
 الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصير مكذبا شرعا لان تأكد المهر المسمى يمتني
 على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما
 للقبض وهو الوطى وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة
 الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه ويقدر المسلم اليه على ان يقبضه
 وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول
 لان الحمل ونسب النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلاها
 وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يماكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يوم صحت
 تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة
 واحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول
 فانزل واظنا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطى حراما لزوال الملك
 بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطى قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم
 لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة
 فكانت الرجعة صحيحة **قوله** وان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته

بولادتها فولدت ولدانهم ولدت ولدا فاما ان تكون بين الولدين سنة اشهر ولا فان كان
 الثاني فالولادة الثانية لا يكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت
 العدة بالولد الثاني وماتم دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا تثبت الرجعة وان كان
 الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب
 وهو واضح وقوله وان كان اكثر من سنتين للموصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر
 لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر
 من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو
 بالطوى بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب
 واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة
 الرجعية تتشوف وتترين التشوف خاص في الوجه والترين عام تفعل من شفت الشيء جلوته اي
 جعلته مجلوا ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلوا المرأة وجهها وتصل خديها وقوله اذ النكاح
 قائم بينهما يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا الوفا
 كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما
 لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره اجيب بانه امتنع بالنص
 وهو قوله تعالى لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى
 لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا اي لعله يبدوله فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت
 فيكون منها عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج
 منهى عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله ولان تراخي عمل المبطل دليل
 معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقديره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق
 لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم
 وما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر

نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه اجيب بانه انما يريد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يريد وفيه نظر لان عمل المبطل آخر الى انقضاء العدة بالا جماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده وهذا تحتسب الاقراء من العدة ولو كان العمل المبطل مقتصر على انقضاء العدة لما احتسبت الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم ترد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمنا يعني في اوائل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطء بالزوجة والزوجة زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجة قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظر الزوج ليتمكن التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع ان لو لم يكن مستبداه لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لانشاء ان الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم فكانت الزوجة قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع

ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم يعني قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تاخر عمله البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار *

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكره يتدارك به غيره من المطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انتصائها لان حل المحلية وهو كونها آدمية ليست من المحرمات باق لان زواله معلق بالطفة الثالثة كقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ عَلَيْهَا مَا نَكَحَهَا بِالْإِحْصَاءِ الَّذِي كُنْتُمْ مَعَهَا وَلَا يَعْزِمُكَ اللَّهُ عَلَيْهَا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير عن العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجوز نكاح المعتدة الابه اذا لاشتباه انما يكون عند اختلاف المباه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعتراض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحبيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز النزويج في العدة اجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخاف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت ان اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه انا عدم هذا المانع فليس بلازم لجوازه ان يكون نم مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامه لم تحل

تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت
 منها قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ والمراد بقوله تعالى
فَإِنْ طَلَّقَهَا المطلقة الثالثة عند اكثر اهل التأويل والثبات في حق الامة كالنكاح في
 حق الحر لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزئ
 فكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا
 حيث لم يقيّد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول
 والزوجة المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما
 بآشارة الكتاب على ما ذكره المصنف رحمه الله وهو طريقة بعض المشائخ رحمه الله
 وهوان يحمل النكاح في قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا على الوطئ حملا للكلام على
 الافادة دون الاعادة فالعقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زَوْجًا غَيْرَهُ فلو حملنا النكاح
 على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس او لى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو
 حديث رفاة بن وهب القرظي طعن امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي
 تميمة وقيل عابشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير قرظي ثم
 طلقها فانت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا نبي الله ان رفاة طلقني فبت طلاقني
 واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ومامعه الامثل الهدبة فقال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لعلك تريدان ان ترجعي الى رفاة لاحني يذوق عسيلتك وتذوقي
 عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها
 بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور تجوز به الزيادة
 على الكتاب ونسخ اطلاله وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثم ولا خلاف
 لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنهما وقيل هو قول
 بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا اذا قضى القاضي به

اي يقول سعيد بن المسيب رضي الله عنهما لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان
الانزال كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولادليل عليه بل
الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة
حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج فكان التصغير د الاعلى عدم الشبع بالانزال
ومالك رحمه الله يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو
انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه
ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله وفسره اي المراهق في الجامع
الصغير وقال غلام لم يبلغ الى آخره وهو ظاهر **قول**ه ووطئ المولى امته لا يحلها اذا طلق
امراً أنه تثبت وهي امة الغير ووطئها المولى بعد انتضاء العدة لم تحل للزوج الاول
لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجاً قال في شرح الاقطع روي ان
عثمان رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص
في ذلك عثمان وزيد وقالاه زوج فقام علي رضي الله عنه مغضباً كارها لما قالوا قال
ليس بزواج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك علي ان احلك او قالت المرأة
ذلك فالكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط
التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمرك ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله
هو محمله الكراهة محمل الحديث لا فساد فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعد ما
وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذا النكاح لا يبطل بالشرط وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الوقت كأنه قال تزوجتك الى وقت كذا
ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شرط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن
محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه
استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فيشرط

فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل فيجاء زنى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر
 في روضة الزندوسي رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله قال النكاح جائز والشرط جائز حتى
 اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك ونحل للزوج الاول
 اذا اطلقها الثاني برأيه أو بأمر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين رحمه الله هذا البيان
 لم يوجد في غيره من الكتب واذا اطلق امرأته الحرة بتطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها
 وتزوجت بزواج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج
 الثاني الطلاق كما يهدم الثلث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كان
 لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جمعا او فرادى عند ابي حنيفة
 وابي يوسف رحمهما الله وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
 وقال محمد والشافعي وزفر رحمهم الله لا يهدم ويبقى الزوج ما كالمات يمتحن من الاول وتحرم
 الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي ابن كعب وعمر بن حصين
 وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشائخ رحمهم الله من الصحابة والمشائخ
 من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضي الله عنهم واستدل محمد رحمه الله بان الزوج
 الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا
 غَيْرَهُ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَكُلِّ مَا كَانَ غَايَةً لِلْحَرَمَةِ فَهُوَ مِنْهَا لَأَنَّ الْمَغْيَا يَنْتَهِي بِالْغَايَةِ فَيَكُونُ
 الزَّوْجُ الثَّانِي مِنْهَا لِلْحَرَمَةِ وَلَا انْتِهَاءَ لِلْحَرَمَةِ قَبْلَ ثَبُوتِهَا وَلَيْسَتْ بِثَابِتَةٍ قَبْلَ وَقْعِ الثَّلَاثِ
 ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل
 الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني
 وسماه محملا وهو المُنْبِت للحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق
 او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لا استلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة
 يكون غير الاول والاول حل ناتص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلاث فان قيل

سامنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلا جديداً لكنه يقتضي ان يكون
 ذلك في المطلقة ثلثاً لا مرتين أحدهما ما ذكره المصنف رحمه الله ان محمله هو شرط
 التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثاً والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف
 الى ما ليس بثابت عملاً بالحقيقة والجواب انا قد ذكرنا لقوله وهذا هو محمله معنيان
 أحدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول
 وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتاً لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج
 الثاني على الاطلاق محلاً لفصرته الى بعض الصور تقيد بلا دليل والثابت به غير الثابت
 قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلثاً وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلثاً
 فنالت قد انتقضت مدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله واختلفوا في ادنى
 هذه المدة قال ابو حنيفة رحمه الله لا تصدق في اقل من ستين يوماً وقال ابو يوسف
 ومحمد رحمهما الله يصدق في تسعة وثلاثين يوماً وتخريج قولهما انه يجعل كأنه طلقها في آخر
 جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوماً فالثلثة
 اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة والطهر ان ثلثون يوماً فلذلك صدقت في تسعة
 وثلاثين يوماً لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي
 حنيفة رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر
 بعد الجداع وطهرها خمسة عشر يوماً لانه لا غاية لاكثر الطهر فتد رناه باقله وحيضها خمسة
 لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط
 من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر تكون خمسة واربعين وثلاث حيض كل
 حيض خمسة خمسة عشر فذلك ستون يوماً وهذا على ما ذكره محمد رحمه الله واما على رواية
 الحسن رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع
 الطلاق في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانها قد رنا طهرها

طهرها باقل المدة نظرها يتدري حيضها باكثر المدة نظر الزوج فثلث حيض كل حيض عشرة
ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر يوما ستون يوما وقوله وسنينها في باب العدة قال في النهاية
وتعت هذه الحوالة حوالة غير راجعة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد
من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لحوالة وكان ينبغي ان يقول
وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون
وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر وانول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر *

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تنفذ من الزوج
بحكم ماك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه
الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين
مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجبي فكان ادنى درجة منه في الاباحة وهو
في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع
النفس عن قربان المنكوحه اربعة اشهر فصاعدا منعاً مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق
الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقته الى وقت لكن من الناس
من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء
لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه
ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله او من اهل وجوب الكفارة
عندهما في منكوحته في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر ونحوه
او يقول ان قربتك فعبدني حرا وامثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم
الجزاء في الثاني ووفوع تلبية بائة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث

والبر فيه شيء وعن هذا قيل المولي من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل
لا امرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لتموله تعالى للذين
يؤولون من نساءهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حث في يمينه
ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحث وقال الشافعي رحمه الله لا تلزمه الكفارة لان
الله تعالى قال فان فارا فان الله غفور رحيم وعدا المغنرة والمغنور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعدا المغنرة
في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو مضت
اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث * وان لم يقربها حتى مضت اربعة
اشهر بانته منه بتطبيقه لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك
فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي رحمه الله لا تقع الفرقة بهضي المدة ولكنه توقف
بعد المدة على ان يفني اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما
فكان التفريق تطليقة بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينبوب القاضي منابه في التسريح
كما في الحب والعنة * ولما انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء في المدة فجازاه الشرع
بزوال نعمة الزكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل
التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت
رضي الله عنهم وهم عند الفقهاء عبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله
ابن عمر وعند المحدثين هم اربعة ابن عمرو وابن عباس وابن الزبير وابن عمر ولم يذكر
فيهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم اجمعين واعترض بان الزوج انما يكون
ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها واجيب بان حقها
سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يستطع فكان الجزء زوال النعمة
بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه
ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك لان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية

الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد الإيلاء أبداً فحكم الشرع بتأجيله إلى
انتضاء المدة فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطبيقه وتقريب الناضي وقوله
فإن كان حافى يعني إذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو إما أن كان حافى
على أربعة أشهر وعلى الأبد فإن كان الأول فقد سقط اليمين لأنها كانت مؤقتة به وإن كان الثاني
فاليمين باقية لأنها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل
التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينة إذا لحق
لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشائخ رحمهم الله وكان الفقيه أبوسعيل الشرعي
يقول يتكرر الطلاق بتكرار المدة يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انتضاء عدتها لأن
الإيلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كأنه قال كلما مضت أربعة أشهر ولم اقربك فيها
فانت طالق بائن الأيروي أنه لو لم يقربها حتى بانث ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر
بانث فدل على أنه بمنزلة شرط متكرر والأصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فإن عاد فتزوجها
بعد البينة بمضي أربعة أشهر بعد انتضاء عدتها عاد الإيلاء وإن وطئها في المدة والأوقعت
تطبيقاً أخرى بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث
حقها فتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت
التزوج قيل هو احتراز عما إذا تزوجها قبل انتضاء العدة فإن ذلك الإيلاء يعتبر من
وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكر التمر تاشي فإن تزوجها ثانياً وفي بعض
النسخ نالوا لكل وجه أما الأول فبالنظر إلى التزوج بعد الإيلاء وأما الثاني فبالنظر إلى
التزوج قبل الإيلاء والأول أظهر عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى
تطبيقاً أخرى أن لم يقربها لما بينا أن اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فتحقق
الظلم فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق وإن وطئها كفر من يمينه
أما عدم وقوع الطلاق لتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرناه بمنزلة التعليق بعدم

القربان وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهو فرع
 مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لفرقة الله وقد مر من قبل اي
 في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقر بهائم
 طلقها ثلثا بطل الایلاء عندنا خلافا لفرقة الله لان الایلاء طلاق مؤجل فهو انما ينعقد على
 التطبيقات المماوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلث عليها وكذلك لو بان بالایلاء
 ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن مؤليا الا عند زفر رحمه الله اما الكفارة عند
 الوطى فلبقاء اليمين لا طلاقها ووجود الحنف **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر
 لم يكن مؤليا فان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع
 المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلثة اشهر لم يكن مؤليا وقال ابن ابي ليلى هو مؤل فان
 ترك وطئها اربعة اشهر بانته بتطبيقه وهكذا كان يقول ابو حنيفة رحمه الله اولا فلما بلغه
 فتوى ابن عباس رضي الله عنه لا يلاء في اربعة اشهر رجوع عن قوله فان قيل فتوى ابن
 عباس رضي الله عنه مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ**
اَرْبَعَةَ اشْهُرٍ اطلق الایلاء وفيد التريص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة
 يسيرة كيوم وساعة يازمه تريص اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز
 بفتوى ابن عباس رضي الله عنه فكيف رجوع ابو حنيفة رحمه الله عن قوله والجواب ان فتوى
 ابن عباس رضي الله عنه وقع في المفدرات والرأي لا مدخل له في المفدرات الشرعية فكان
 مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسير النص لا تقيد او تقديره والله اعلم للذين
 يؤلون من نساءهم اربعة اشهر تريص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من
 باب الاكتفاء وقوله ولان الامتناع من قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا
 في مطاع هذا البحث وتقريب الامتناع عن قربانها اي من آلى منها زوجها شهرا في
 اكثر المدة وهو ثلثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يدين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد

المنعقد على شهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أو أكثر بلا يمين فانه بمضي أربعة أشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى أكثر المدة ولو قال المصنف رحمه الله ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مؤل لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع باغظ الجمع كانه قال والله لا اقربك أربعة أشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلوقربها في المدة لزمته كفارة واحدة ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مؤليا لان الثاني ايجاب مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون مؤليا لقوات الامور الثلاثة لوجود المكث يوما واعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين الاولين أربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون مؤليا ويكون كلامه يمينين مستقلين تلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين لا يصير مؤليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصارا جليين متداخلين كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين فان اليمين تقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفرد لان الوقت الواحد يصلح وقتا لايسان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا دخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى واحد تنهى الايمان كلها فكذلك ههنا اذا

مضى شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء
 بغير شيء يلزمه فلا يصير مؤلّيا بخلاف المسئلة الأولى فإنه ظالم يقرب المدة الثانية بنفي على حدة
 كان الكل مدة واحدة فكان مؤلّيا ولو قال والله لا أفر بك سنة الايومان لم يكن مؤلّيا خلافا
 لفر رحمه الله هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال أجرت داري هذه سنة الايومان
 فتمت مدة المنع * ولنا ان المؤلّي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس
 بصادق على ما نحن فيه لانه يمكن القربان اذا المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر عليه
 بعد يمينه الا ويمكنه بان يجعله اليوم المستثنى فيقر بهافيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه
 الى آخر السنة لانه معين فكان تغيير الكلامه من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة
 لاتمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحح
 اي لتصحح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التكثير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة
 اشهر واكثر صار مؤلّيا سقوط الاستثناء * ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها
 لم يكن مؤلّيا لانه يمكن القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشك لمن له
 اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير مؤلّيا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر
 بهن بالايلاء عندنا خلافا لفر رحمه الله مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان يأتي
 الثلث منهن من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان يأتي بالكل
 كما لو حلف لا يدخل هذه الادوار الاربعة له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث
 ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة بنفي القربان مؤلّيا في الحال
 في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الإيلاء لانه انما
 صار مؤلّيا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة
 منهن بمنع حتهافي الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الافراد الا انه
 لا يلزم الكفارة بقربان بعضهم لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم ينم شرطه ولكن

ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة لقربان الاخيرة فقط بل بقربانهم جميعا
واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك يتحقق في حق كل واحدة منهم فلهذا
تبين بمضي المدة كذا في النهاية **قوله** ولو حلف بحج او بصوم لما فرغ من اليمين بالله
في الايلاء شرع في بيان اليمين بنبر الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج
او صوم او صدقة او طلاق او عتاق فانه يصير مؤليا لتحقيق المنع باليمين بذكر الشرط
والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لان الاصل عدم ما يحدث فلا يمنع
المانعية فيه اى في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك
قربانها من غير ان يلزمه شيء فان اشتراه يلزمه الايلاء من وقت الشرط لانه صار بحال
لا يملك قربانها الا بعق يارزمه وان كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن مؤليا
لان اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه
سقط الايلاء لانه يتدكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء وقوله وان آلى
من المطلقة الرجعية طاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها في الجماع والمطلقة
الرجعية ليس لها حق في الجماع لاقضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك
حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي
ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردي
رحمة الله بان الحكم في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية
من نسائها بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق برزقهن والبعول هو الزوج فكانت المرأة
من نسائه فكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله للذين يؤلون من نسائهم
مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك اذ انت علي كظهر امي ثم تزوجها
لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل
نساءنا بالنص فكان كبيع جلد الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا وان قربها

كثير لتحقق الحنث اذا اليمين منعقدة في حقها اي في حق الحنث لان اليمين يعتمد
 تصور الفعل المحلوف عليه حسار لا يعتمد حله وحرمة الا يرى انه لو قال لا شرب الخمر
 في هذا اليوم ومضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضاً ومدة الإيلاء
 للامة شهران وقال الشافعي رحمه الله مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرية لانها مدة ضربت
 لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرية والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت
 اجلا للبينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة وقوله وان كان المؤلّي مريضاً هذه المسئلة على
 ثلثة اوجه احدها انه ان آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحاً مقداران يستطيع فيه
 ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك وفيه بالجماع عندنا خلافاً للفرز رحمه الله لان المعتبر آخر المدة
 وهو عاجز عنده فكان كواجدا الماء في اول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جازله التيمم
 وقتلنا ما تمكن من جماعها فتدتحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء
 حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيه ان يقول بلسانه
 فمت اليها فان قال ذلك سقط الإيلاء عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا في الا بالجماع
 واليه ذهب الطحاوي رحمه الله لانه لو كان فيه الكان حنثا لان النفي يستلزم حكمين
 وجوب الكفارة وانتفاء العرقه ثم النفي باللسان لا يعتبر في احدا الحكمين وهو الكفارة فكذلك
 في الآخر ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء
 لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش
 باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان وان ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب
 الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزاء
 الحنث والحنث لا يتحقق بالنفي باللسان فان قيل اذا كان المؤلّي مريضاً وقت الإيلاء وجب
 ان لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه
 عن العلامة شمس الائمة الكردي رحمه الله وقد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في

في أول كتاب البيوع والثالث أنه آلى وهو ربيض فقد رعى الجماع في المدة وفيه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول أو لم يفى أما إذا لم يفى فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قد رعى الأصل قبل حصول المقصود بالخلف ولتأمل أن يقول المؤلي إذا كان مريضاً حال الإيلاء لا نسلم أن الأصل في فيه الجماع لما ذكرنا آنفاً أنه إذا هاب ذكر المنع فيكون ارضاً وها بالوعد باللسان والجواب أن المرض قد يطول وقد يتصرف على تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر على الجماع صار ظاهراً لما يمنع حقها في الجماع وتبين أن قصده في الابتداء لم يكن الامنع الحق بالجماع والأصل في الفبي حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على فور كلامه فتأمل وإذا قال لامرأته أنت طلي حرام سئل عن نيته لأنه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض إلا بآرادة فان قال أردت الكذب فهو كما قال لا يقع الطلاق ولا يكون إيلاء ولاظهار إلا أنه نوى حقيقة كلامه لأن المرأة كانت حلالاً له فتقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذباً وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه ولا ينصرف إلى غيره إلا بقربة أو نية لأن الحقيقة لا تحتاج إلى شيء من ذلك وقيل لا يصدق في النضاء ذكر الطحاوي والكرخي رحمهما الله في مختصريهما أن القاضي لا يصدقه في ابطال الإيلاء لأنه يدين ظاهراً لكونه تحريم الحلال كما نذكره وإن قال أردت الطلاق فان لم ينو شيئاً من العدد أو نوى واحدة أو اثنتين فهي واحدة بآننه وإن نوى الثلث فثلث لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وإن قال أردت الظهار فهو ظاهر في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار فنقله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عن النوادر لمحمد رحمه الله أن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهاراً وألهمنا أنه أطلق المحرمة وهي تحتمل أنواعاً والظهار أنواع منها فيكون من محتملات مطلق المحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وإن قال أردت التحريم ولم يرد شيئاً

فهو يمين يصير به مؤلّيا فان قربه كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانته منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انه هو يمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرغ الله لكم بحلّة ايمانكم واما اذا قال لم ارد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطى حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذاك ولان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال واذا اريد به الطلاق وقع باثنا ويحرم الوطى والايلاء لا يحرم الوطى فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيى الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشائخنا رحمهم الله من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق بدون النية قال به ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد رحمهم الله قال الفقيه ابواليث رحمه الله وبه نأخذ لان العادة حرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم بالصواب *

باب الخلع

آخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجردة عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان معنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بما لها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة ومن جانب الزوج يمين على قول ابي حنيفة رحمه الله ويبين من الجانبين عندهما على ما سياتي في بيان ثمره الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي في جانب وخافا

وخافان لا يقيما حدود الله أي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان تقتدى المرأة
 نفسها منه بما لا تبذله لقوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ فلا جناح على الرجل فيما اخذ
 ولا على المرأة فيما اعطت سمي الله تعالى ما اعطته فداء من فداءه من الاسرار اذا استنقذه
 لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء
 فاذا فعلا ذلك وقع الطلاق البائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة
 بآئنه روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موتوا عليهم ومرفوعا الى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال
 خالعتك ولم يذكرا عوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فان قيل لو صار
 من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن النية
 ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما
 ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولا نهالا تسلم المال الاتسليم لها
 نفسها وذلك بالبينونة وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها
 فهي ناشزة اذا استعصت عليه واغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو
 كراهة كل واحد منهما صاحبه بكرة له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج
 مكان زوج وآتينم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتاخذونه بهتاننا وانما مبينا
 فان قيل النهي ورد من فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد
 بتواكيد هي قوله اتاخذونه بهتاننا وانما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى
 بغض واخذن منكم ميثاقا غليظا وكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان
 ورد من فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الابهاس فلا يعدم المشروعية في
 نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار بدليله
 الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالا استبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان

النشوز منها كرهنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل
ايضا لا طلاق ما تلونا به دأى اى ولا يعنى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به فانه
لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اى رواية القدوري وهي رواية
كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس
واما الزيادة فلا وقصتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس
فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا
خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين اليه حديقة فتالت
نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها باروينا من
الحديث وكان قوله اما الزيادة فلا تنفي اباحة اخذ الفضل على ما ذكره واذا انتفى
الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان
مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به شيان بجواز حكما اى
جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اى اباحة اخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون
كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان
الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفى
الاباحة ايضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة فلا ينتفى الجواز بجواز اجتماع
الجواز مع الكراهة وقد ترك يعنى ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله
عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا معنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم
المشروعية بقبي معمو لا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي
انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل
النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب والجواب عن الاول
ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشئة فكان الاخذ وهو ناشراولى ان لا يكون

لا يكون مباحا كان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اخذ منه وهو ناشرو هو قوله تعالى وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ إِلَى قَوْلِهِ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحيته المحلل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا لا محالة وقد علمت بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول واما اهلية المرأة فلانها تماك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحلل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالنصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجماع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا انها لا تسلم المال الاتسليم لها نفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البديلين فتملك الزوجة البديل الآخر وهو النفس بحقيقتها للمساواة **قوله** وان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امرأته على خمرا وخزيرا وميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع انطباقا للتأنيث فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علمت بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم تكن من الالفاظ الثلاثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوه التصير غارة له ولانه لا وجه للالتزام المسمى لامتناع المسلم من تسليبه ولا التزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل

(كتاب الطلاق * باب الخلع)

بعينه فظهر خمرافانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندها
 كبل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصدّاق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك
 فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العتد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا
 وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان اداها عتق
 وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب
 قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجبت القيمة على
 الغاصب وما رضى بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزمته قيمة
 المبدل وهو الرتبة المتقومة اما ملك البضع في حاله الخروج فغير متقوم على ما ذكره
 بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا
 بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلابدل ولما
 لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان
 البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادعى الخمر المسماة فلان في الكتابة تعليق العتق
 باداء المسدس وقد وجد الشرط فيتع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كانت
 على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادعى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله وبخلاف
 النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان
 البضع في حاله الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال
 والفقه ما ذكره وهو واضح **قوله** وما جازان يكون مهرا في النكاح جازان يكون بدلا في الخلع
 كل ما جازان يكون مهرا في النكاح جازان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح
 ان يكون عوضا للمتقوم اولي ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلفت منه على
 ما في بطون غنمها جازوله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج
 امرأة على ما في بطون غنمها وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن

البطن ليس بمال في الحال وأن كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون في معنى الاضافة او التعليق واحدا العوضين وهو مضاف البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة فكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحذ العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية مافي البطن باعتبار المال واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان مافي البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ربعا فان قالت له خالني على مافي يدي فخالها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة يتناول المال وغيره وان قالت خالني على مافي يدي من المال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها الماسمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى ونيسة للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيدة اكثر جهالة ولا الى قبضة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج لما تقدم فتعين ايجاب ما قام بالبضع على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالني على مافي يدي من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكأنه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فَاَجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَمِنْهُمْ مَنْ ضَبُطَ فَقَالَ كُلٌّ موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من دراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالني على مافي يدي دراهم اخلت الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فتلزمها ثلاثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها مافي يدي

ويكون تقديره خالعي على دراهم وقوله الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعي على الدراهم واللام اذا دخل على الجمع ولم يكن لم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعي على دراهم تلزمها ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني باننا لانسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلفت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلفت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلفت على دابة للجهالة المستتحة لكونها تنظم انواعها مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصفه كونه تسليم او اشتراط البراءة من وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق وصف السلامة فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الا على ولان الرغبة في تملك الشيء لا انتفاع به وذلك بالتسليم واشتراط البراءة عنه يفوت هذا المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امرأة على عبد ابق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى آخره واذا قالت طلقني ثلثا بالف

درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ولا
 وقعت تطليقة بائنة بثلاث آلاف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة
 وكلمة على بمنزله الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
 او على درهم سواء واذا كان معاوضة وكلمة على بمنزله الباء انقسم اجزاء العوض على
 اجزاء المعوض ولا يبي حنيفة رحمه الله ان كلمة على للشرطي يستعمل للشرط مجازا قال الله
 تعالى يُبَيِّنُكَ عَلَى أَنْ لَا يُشْرِكَنَ بِاللَّهِ شَيْئًا أَي بِشَرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامرأته
 انت طالق على ان تدخلى الدار فكان شرطا ومجوز المجاز ما ذكره المصنف رحمه الله
 انه استعمل للشرط لانه يستلزم الجزء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط
 فالشرط لا يتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى
 الشرط غير مستقيم لانه دخل على تملك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبت
 اليه مجاز وما ذهبا اليه مجاز آخر وليس احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما هو
 موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعووض والجواب عن الاول ان المال فيما
 نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعاً لمتبوعه وان لم يقبله مستقلاً وعن الثاني ان اللزوم
 بين العوضين بالتضاييف وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازاً اقرب
 الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مراد به
 قوله لان حرف الباء تصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقاً مبدأ غير منبني
 على سؤالها فوقع وله الرجعة وقوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا ظاهر ولو قال لها
 انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح
 تعليقه واصله ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها
 ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقه
 واصلتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقياها عن المجلس وقوله لان معنى

(كتاب الطلاق * باب الخلع)

قوله بالـف بعوض الف يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعتول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته انت طالق و عليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو قال لعبده انت حر و عليك الف فقبل وكذا لك الحكم ان لم يقبل اوقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المرأة والعبد اذا قبلا المال وقع الطلاق والعناق مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعناق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يتعالها ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم حمل هذا المتاع ولك درهم ينزله قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالـف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف درهم ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجبت الالف ولا يبي حنيفة رحمه الله ان قوله عليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذا الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعناق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة

محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت دلتك والخيار باطل اذا كان الزوج وجائز اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثالث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق ولم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر الشرط والجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتفال الفسخ ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها بمنزلة البيع الا يرى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط اليمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال لاخران بعثك هذا العبد بكذا فعبدني هذا الا خرج رواه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرط اليمين واذا كان كذلك يثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا فائمه بهذا الوصف وهو انه تسليم مال وجانب العبد في اعتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا اخبره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق للطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على

(كتاب الطلاق * باب الخلع)

تاويل الخلع او المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه
 اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فلا قرار به
 اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع
قوله والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح الهمزة مناعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما
 شريكه وترك الهمزة خطأ كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع
 كلاهما يستبان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر
 والنفقة الماضية دون المستقبل لان للمستقبل لان للنفقة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة
 به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
 لا يستط فيهما الا ما سدياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله
 في المبارأة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها
 فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما ترجع عليه
 باربعة مائة درهم ولو كان قبضت الفا ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة
 في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعهما على مال مسمى معلوم
 معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى
 الزوج بدل الخلع ولا يتبع احدهما الا خبر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض
 فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند ابي حنيفة رحمه الله
 خلافا لهما وما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل
 الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة رحمه الله
 وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف
 المهر عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب
 فيه عند محمد رحمه الله كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

رحمه الله الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة رحمه الله لمحمد رحمه الله ان هذه اى كل واحد من الخلع والمبارأة معاضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحد من ابين واجب بسبب آخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة مدتها لا تسقط وأن كانت من حقوق النكاح ولا يي يوسف رحمه الله ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضى النكاح من الجانبين وذلك يقتضى براءة كل واحد منهما عن الآخر وأنه اى لنظر البراءة على ما قيل او على تأويل المذكور مطلق وفيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانتطاع المنازعة انما يكون باسقاط ماوجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاها الانحلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى انتطاع الاحكام ولا يي حنيفة رحمه الله ان الخلع ينسب عن الفصل ومنه خلع النكاح وخلع العدل وهو انفصال العامل عنه فالفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلنا من غير قيد بالنكاح كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح واحكامه وحقوقه قولاً بكسالة الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئاً فشيئاً ومن خلع ابنته وهي صغيرة بما لها لم يجز عايتها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اى في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس به متقوم بما له قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان الرجل اذا زوج ابنته الصغيرة امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهذا من وجوه النظر واذالم يجز الخلع لم يستط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق اولاً يقع فيه روايتان في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشاء الروايتين

قول محمد رحمه الله في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان
ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال
نص عليه في المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها وأوخالغ امرأته الصغيرة على مهرها
فقبلت او قالت الصغيرة لزوجه خالغني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره
المصنف رحمه الله وقال والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر
بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار او غيره وفي ذلك يقع اذا
وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى
اليمين والايمان لا يجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان
هذا لا يقوي فان الاب يوجد منه شرط اليمين لان نفس اليمين وشرط اليمين يصح من
كل واحد فان خالغها على الف على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع وعلى الاب
الالف ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج
لا يستحق عليها ما لا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره لان اشتراط بدل الخلع على
الاجنبي صحيح اكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه
فعلى الاب او ائذ ذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير
بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط
بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له
ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل
فان التصرف في مال الصغير نفسه انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال
الصغير وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع
تصرف دائريين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان
التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها

وفورها أولى فإن قلت على ما ذكرت من كون الاجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يتقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد حرية نفسه التي هي حيوة معنوية وسبب لحصول الاملاك وليس الاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الاجنبي كذلك لاننا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيها اثبات شيء بخلاف العتق وقوله لا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع يسقطه لانه لم يدخل تحت ولاية الاب ولانه ليس من النظر وولايته نظرية وقوله وان شرط الالف يعني ان الزوج ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تغفل العقد وتعبر عن نفسها فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه اي في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تخلص عن عهدها بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظروني رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى قبول اليدين وذلك مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالها على مهرها ولم يرض من الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة فان قبل الاب عنها فعلى الروايتين في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه آتفا وان ضمن الاب المهر اي التزم يعني اذا خالع الاب مع الزوج التزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمس مائة استحسانا لان فرض المسئلة فيها اذا كانت غير ملموسة فكان المهر الفاضا فخلع الى مهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمس مائة فكانه خالعا على خمس مائة

(كتاب الطلاق * باب الخلع)

صريحاً وفي القياس يلزمه الألف بحكم الضمان وأعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يخلو من أحد الأمرين أما أن يكون مدخولاً بها ولا فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الأب بحكم الضمان ألف درهم وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر يسقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس وأما في الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الآخر الذي ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن عليها وهو الأب هذا إذا لم تقبض المهر وأما إذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا يعتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود وأصل هذه المسئلة في الكبيرة إذا اختلفت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ولم يقبض شيئاً فالقياس أن يجب عليها خمسمائة للزوج لأن خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزمت المرأة الألف ونصف الألف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فيجب عليها خمسمائة زائدة على الألف تنميها للألف التي لزمته وفي الاستحسان لا شيء عليها لأن مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد على ذلك وأما إذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الألف وخمسمائة الألف بدل الخلع وخمسمائة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان أن ترد الألف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى سَبْعَ بَقَرَاتٍ سِمَانٍ كذا في النهاية وقال هكذا أفاد شيخنا رحمه الله مراراً والله أعلم بالصواب *

باب الظهار

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في اول كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحة يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الاباحة والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة بالحرمه على سبيل التأييد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في حق خولة وكانت ناشرة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغام مسلما والمرأة من نسائنا وركنه قوله لامرأته انت علي كظهر امي او ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطئ والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالموضع التي لا يطاع عليها من امه كالنخذ والظهر والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اضافة المعنى الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقالت انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادى فومه ثم رجع الي

فراودني من نفسه فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى
يتضي الله ورسوله في ذلك فوق علي فدفعته بما يدفع به المرأة الشيخ الكبير وخرجت
الى بعض جيرانني فاخذت ثيابا فلبستها واتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته
بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسنني اليه فجعلت اشكو
الى الله ما اري من سوء خلقه فغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند
نزول الوحي فلما سرى منه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى
قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ إِلَى آخِرَاتِ الظَّهَارِ ثُمَّ قَالَ مَرِيه
فليعتق ربة فقلت لا يجد ذلك يا رسول الله فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو
شيخ كبير لا يطبق الصوم فقال مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله
فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا عينه بعرق ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال
علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو امساك بالمعروف وقال
الشافعي رحمه الله المراد هو السكون عن طلاقها عقيب الظهار وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم
الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جنائية لكونه منكرا من
القول وزورا قال الله تعالى وَأَنَّهُمْ لَيَقُولُنَّ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا المنكر ما ينكوه الحقيقة
والشرع والزور هو الكذب والباطل والجنائية فناسب المجازات عليها بالحرمة وارتقاها
بالكفارة ثم الوطى اذا حرم حرما بدوا عليه كليا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي رحمه الله
لا تحرم الدواعي لان التحريم مرف بقوله تعالى مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا والتماس في القرآن
كتابة عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة في المس باليد والكلام للحقيقة
حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا تحرم الدواعي فيهما لانه يكثر
وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسيأتي
في كتاب الكراهة فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع الزاجر من الظهار

من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن
اوقات الظهار والافطار اكثر فلما كثرت اوقات الظهار كان الجماع موجودا فيه ما ظاهرا فيوجب
ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود
الجماع وبفتور الرغبة كان مستعافلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر
استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب
المنصوص ولا يعاود الوطئ حتى يكفر لما روي ان سلمة بن سخر البياضي قال
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء
فواتعتها فقال صلى الله عليه وسلم استغفرك ربك ولا تعد حتى تكفروا وجه الاستدلال
بما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر اوجبا بينه عليه السلام **قوله** وهذا اللفظ هذا اشارة
الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلونوي الطلاق
او الايلاء او قال لم انوبه شيئا يكرن ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من
الاتيان بدلانه في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذاك وان قال انت علي كبطن
امي او كخذها او كمرجها فهي مظاهران الظهار ليس التشبيه المحللة بالمحرمة اللام
في المحللة والمحرمة العهد امي المحللة نكاحا لابل كاليدين بالمحرمة تايد الا تمقيتا وهذا
المعنى اي التشبيه يتحقق في عضولا بجوز النار اليه كالاغصاء المذكورة بخلاف اليد
والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها قوله وكذا
اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليه ظاهرا وان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك
او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون
تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان
مظاهرا لان الحكم يثبت في ذاك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بيناه
في الطلاق * ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتل وجوها فبرجع الى نيته

ليُكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة رحمه الله وحده وعن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان أحدهما كقول محمد رحمه الله لانه قال في الإجمالي وان قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق قضاء وهو ظاهر وعنه اند قال ابلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَكَانَ قَوْلُهُ أَنْتَ عَلِيِّ كَامِي بمنزلة قوله أنت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينوشئنا ثبت اقل الوجوه وهو الابلاء ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يبين خلافه بالنية والقرض عدمها ووجه قول محمد رحمه الله ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهرا فالتشبيه بجمعها أولى وان عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف رحمه الله هو الابلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالابلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار ان حرمة الابلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزورا ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالابلاء ترتفع بدونها وهو الخنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند محمد رحمه الله ظهرا لان كاف التشبيه تختص به ولو قال أنت علي حرام كامي ونوى به ظهرا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كذا في المسئلة الاولى وجهها ظاهر وان لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله ابلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه تختص به وان قال أنت علي حرام كظهرامي ونوى به طلاقا وابلاء لا يكون الا ظهرا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم ينوشئنا كذا في المبسوط وقال هو على ما نوى ان نوى ظهرا فظاهر وان نوى طلاقا فطلاق

فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي رحمهما الله في شرحهما للجامع الصغير لان التحريم محتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهرة قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وصعفه شمس الاثنية السرخسي رحمه الله بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين رحمه الله عن هذا فقال يصح ظهارا لمبائة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبائة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لولم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لا اعترافه وقوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الاثنية رحمه الله ولا يبي حنفية رحمه الله ان قوله انت علي حرام كظهارمي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر في رد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امته فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار بقاء فيجب ان تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر

من امراته وهي امه ثم اشتراها فانه يبقين حكم الظهار وما يرجع الى المحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة في النكاح والجواب بان بناء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محل للظهار بناء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان يوجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب ما لم تنزوج بزوج آخر فان تزوج امرأة بغير امره ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح والظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت النصف لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من التول والظهار منكرا من القول **قوله** فالظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والمالك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موفوفا على الاجازة توقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوق النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكرا من التول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق من حقوق الملك لكونه منها للملك ومنه ماله ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جديعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول لهن والله لا افر بكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة

حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم والله اعلم * فصل

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطئ ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جديعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار عنكم من القول وزورا وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها الابدان يكون امرا دائريا ليس الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم الى ذلك العود عما قال لكونه نقيض المنكرو وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطئ ثم ابانها او ماتت لزومه الكفارة ولو عاد ثم بداله ان لا يوطأ ما سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انتهاء الحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حللا لا الابدان انتهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا يرى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدها وفوله من كل وجه متعلق بالمرفوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون المملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صحح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف رحمه الله بوجهين أحدهما انه لا يسمع عن ائمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرفوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا ي عبد او اجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرفوق وكلاهما ثقة

والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرفوعة مما لوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشئ فتذكير الذات باعتبار المعنى الثاني وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله تعالى لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عايه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التسكين من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره ان قصد المكفر بالا اعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلو صده من خدمة المولى ثم مقارنة المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر بحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارنة المعصية بحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواصلة عباد الله تعالى لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم من المصرف **قوله** ولا تجزى العبداء اي لا تجوز اعتاق الرقبة العبداء ذكر اكان او انثى وكلامه ظاهر والصاطبة في تحريم ما يجوز به الاعتاق من الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما ينبغي به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة فجاء معها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما ينبغي من المنافع فيها قائم احتراز عن منقطع اليمين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ولا يجوز الا صم واضمح وقوله لان قوة البطش بهما يفيدان ما تزول به تلك

تلك القوة كان مانعا فقطع كثيرا صاع كل يد فقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقة ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق فيهما ناقصا فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكيمة زال في مقابلته شيء من الضعف الحكي و قوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي رحمه الله جائز فكان هذا احتجاجا علينا بهذه وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد مابقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم تنزل رقبته بها لان الشيء لا يزول الا بدينافيه والكتابة لا تنافي الرق فانه اي عقد الكتابة او ذكره باعتبار الخبر فك الحجر اذا لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالا عارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن اعتاق كفارته لكنه اذا اعتقه عن الكفارة يفسخ قبل الاعتاق بمقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي المكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحلل يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضاء المكاتب ولم يوجد منه

صريحاً في قدردالة والدلالة انما تتحقق اذا اسلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق
بجهة الكتابة لانه لا يختلف لافي ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير
لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين اولان القسح يثبت
ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه وابنه
واضح وقوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسراً يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق
فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسراً لانه يصير حراً مديوناً
بناء على ان الاعتاق عندهما لا ينجزى اجيب بانه لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب
الاعتاق فلا يكون هذا العتق مجاناً فلا يقع عن الكفارة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان نصيب
صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه الى المعتق بالضمان
ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الاشياء ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء
الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصارت نصيب الساكت ملك المعتق زمان
الاعتاق فكان النقصان في ملكه لافي ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكره فيما يليه
اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لافي
حق غيره ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك
في حقها مستنداً ويلزم منه النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق
باقية عنها جاز لانه اعتقه بكلامين ولا مجدور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر
والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان منه ممكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة
فانه اعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضعف
شاةً للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك
النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك
حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفاً الى الكفارة

الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فيبطل قدر النقصان ولم يقع من الكفارة
 فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص نصارى الحاصل
 كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل
 ابي حنيفة رحمه الله في تجزى الاعتاق واما عند هذا فلا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق
 الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا عبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض
 على قوله واعتاق النصف حصل بعده بانه اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو
 اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز من الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق
 رقية كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كان لم يكن فكأنه قد جامع قبل
 الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكثر وقد تقدم ذلك **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق
 اذا لم يجد المظاهر رقية ولا ثمنها بصوم شهرين متتابعين فان صام بالا هلة جازوا ان كان
 كل شهر تسعة وعشرين فان صام بغير الالهة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل
 وكذا اذا دخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره
 في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين لبلا عامدا او نهارا
 ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد ورحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
 لا يستأنف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم
 كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها
 بالنهار ناسيا او بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما
 قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق
 واما ذكر العمد فيه بالليل فتدفع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطئ بالليل سواء
 فعرف ان الاختلاف في وطئ لا يفسد الصوم لابي يوسف رحمه الله ان هذا وطئ
 لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون

الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد آجاب
 بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطاً فقيماً ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني
 الاستيناف تاخير الكل عنه وتأخير البعض اهلون من تأخير الكل ولهما ان الشرط في الصوم
 ان يكون قبل المسيس وان يكون خالياً عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل
 وجهين أحدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس
 وكون الصوم خالياً عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على
 المسيس يستلزم خلاص الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه ينعدم به
 اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس
 فهو قادر على الاتيان به خالياً عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين
 والثاني ان يقال قوله وان يكون خالياً عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف
 لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وتخلل الجماع عدم الشرط وصار
 الصوم كأن لم يكن وقد جامع النني ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار
 وترك العود الى اداء الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن
 قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطاً الى آخره والجواب عن قوله انه لا يفسد به
 الصوم فلا يقطع التتابع هو ان عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس
 فلا يتعدى الى عدم قطع التتابع وفي العمدة لعدم التنازل بالفصل وان افطر يوماً منها بعذر
 كسفر او مرض او غير عذر استأنف لفوات التتابع وهو فاء در عليه عادة وهذا احتراز عما
 اذا افطرت المرأة في كفارة القتل والافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة
 لا تجد شهرين متتابعين لحيض فيهما فلو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على
 الاعثاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق
 وصار صومه تطوعاً لا قدارة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد

بعد الغروب كان الصوم من كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز ادائها قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع من تمر جديد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز فكذلك الوادي اقل من نصف صاع حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اذ عباد بن الصامت واوس هوزوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف رحمه الله موافق لما اوردته الامام المستغفري في معرفة الصحابة رضي الله عنهم قال سهل بن صخره الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكلان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله للحصول المقصود ان الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسب خمسة والكسوة اخص من الطعام فلم تجز لما ان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا يرى ان الاباحة في كفارة اليمين

(كتاب الطلاق * باب الظهار * فصل في الكفارة)

بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حبث الاعناق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امرغيرة ان يطعم عنه من ظهارة ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا بالواو لان التغذية وحدها او التعشية وحدها لا تجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداء ان او عشاء ان لكل مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا غدا ستين وعشاستين آخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثير اي ان المعتبر هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شعبان اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد اطعام العدد المعتبر وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع السنتين وهو ما شبعهم وقوله وقال الشافعي رحمه الله متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التملك قياسا على الزكاة وصدقة الفطر وهذا اي عدم حواز الاباحة لان التملك ادفع للحاجة فلا ينوب الاباحة منابه ولان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعام لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي التمكين كما في التملك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلمراعاة عين النص واما بالتمليك فلا شتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه اليه حاجة اخرى فلذلك يقام التملك مقام المنصوص عليه اما الواجب في الزكاة فهو الايتاء لقوله تعالى وآتوا الزكاة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا عن ثوبون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر وقوله وهذا اشارة الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التملك فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف

الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلّة بصرف وظيفة
 اخرى بخلاف كفارة اخرى لان المستوفى في حكم تلك الكفارة كالمعذور ولا يمكن
 ان يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة
 الى التملك كثيرة فيجدد في يوم واحد فاذا افرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام
 بخلاف حاجة الاباحة بالطعام فانه اذا استوفى حاجته منها في يوم ينتهي حاجته الى
 الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة واحدة لان التقريب واجب
 بالنص وهو قوله فَاطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ولم يوجد لاحقية ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج اذا رمى
 الحصيات السبع دفعة واحدة وقوله وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام واضح
 وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني توهم القدرة على الاعتاق لا يعدم المشروعية في نفسه
 كالمبيع وقت النداء والصلوة في الاوقات المكروهة **قوله** وَإِذَا اطْعَمَ عَنْ ظَهَارَيْنِ واذا اطعم
 المظاهر من ظَهَارَيْنِ سِتِّينَ مَسْكِينًا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما
 عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما وان اطعم
 ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما بالاتفاق له ان بالمؤدى وفاء بهما ان الواجب عن
 كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من برفق الصاع وفاء بهما لا محالة والمصروف اليه
 محل لهما لان الفقير لا يخرج باخذ احد الحثين عن كونه مصرفا لبقاء الخلّة والنية معينة
 فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك عن افطار وظهار او فرق في الدفع *
 ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة والفرض
 عدمها فلغت النية واذا نعت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى
 المقادير والمقادير تمنع نقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه
 يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا افرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم
 مسكين آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب بسبب على حدة فكانا

(كتاب الطلاق * باب الظهار * فصل في الكفارة)

بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يتع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين بعينه صحت نية التعيين ولم تلغ وأن كان الجنس واحد ولهذا حل وطى النبي عينها واجيب عن الاول بان النية معتبرة في الجنس لا فيما كان بمنزلة الجنسين وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة من احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح من الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلها مائة وعشرون مسكينا عند عدم التقريب فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله ومن وجبت عليه كفارة ظهار ظاهر وقوله كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب الاستحسان والنياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله للخروج الامر من يده وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن ايهما شاء في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير مفيدة فبقيت نية اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر رحمه الله انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما الخروج الامر من يده * ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد لغو قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لانه نوى التوزيع في الجنس المختلف فكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم وهو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة وههنا باختلاف السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة واختلاف

واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صححت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد بناء على ما ذكرنا من الغاء نية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التمييز فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة فلا يصير صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذ انوى عن قضاء ظهاريين عاياه فان الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب باننا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب والسبب فان لكل واحد منهما سببا وخطا با على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى آخره والله اعلم بالصواب *

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعنه ملاءنة ولعائتم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعان من جانب الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعان والغضب وسببه قذف الرجل امراته فاذ فایوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغ من اللعان قوله واذا قذف الرجل امراته بالزنا اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادات

اي من اهل ادائها ولهذا لا يجري بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها حتى لو لم تكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفي نسب ولدها وطالبته بدوجب القذف فعليه اللعان فان قيل اللعان يجري بين الاميين وفاقين وايسا من اهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه فلا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها واجيب عن الاول بانها ممن اهل الشهادة حتى لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز كذا في شرح الطحاوي والجماع الصغير لتفاضلهم وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن ايجاب حكم فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم للرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يتضمن احصائها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم قوله والاصل اعلم ان موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْآيَةُ وَلَمَّا رَوَى عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل الانصاري فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ارايتم الرجل يحد مع امرأته رجلا فان قتل قتلتهم وان تكلم جلدتموه وان سكنت سكنت علي غيظ قال اللهم افتح فترلت آية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امرأته بشريك بن سحيم ايت باربعة من الشهداء بشهدون علي صدق مقالتي والافجلدته علي ظهر فتالت الصحابة رضي الله عنهم الآن يجاد لهلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوج كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة علي ان الاصل في اللعان ان تكون شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ

وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ وَوَجْهَ الاستدلال ان الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء والأصل في الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الاكلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيًا للشبهة قال الله تعالى فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ نَصَّ عَلَى الشَّهَادَةِ وَالْيَمِينِ فَقُلْنَا الرُّكْنَ هُوَ الشَّهَادَاتُ الْمُؤَكَّدَةُ بِالْإِيمَانِ ثُمَّ قَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهِ بِاللَّعْنِ لَوْ كَانَ كَاذِبًا تَاكِيدًا وَهُوَ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامُ حَدِّ الْقَذْفِ وَفِي جَانِبِهَا بِالْغَضَبِ لِأَنَّهُنَّ يَسْتَعْمِلْنَ اللَّعْنَ فِي كَلَامِهِنَّ كَثِيرًا عَلَى مَا وَرَدَ بِهِ الْحَدِيثُ إِنْ كُنَّ تَكْثُرُنَ اللَّعْنَ وَتَكْفُرُنَ الْعَشِيرَ وَسَقَطَتْ حُرْمَةُ اللَّعْنِ عَنْ أَعْيُنِهِنَّ فَعَسَاهُنَّ يَجْتَرِبْنَ عَلَى الْإِقْدَامِ لِكَثْرَةِ جَرِي اللَّعْنِ عَلَى السَّنَنِ وَسُتُوطِ وَفَعْنَةٍ عَنْ قُلُوبِهِنَّ فَقَرَنَ الرُّكْنَ فِي جَانِبِهَا بِالْغَضَبِ رَدًّا عَنْهُنَّ عَنِ الْإِقْدَامِ فَإِنْ قِيلَ مَا مَعْنَى إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ مَقَامَ الْحَدِّ فِي الطَّرْفَيْنِ وَمَا الْمُنَاسَبَةُ بَيْنَ الْحَدِّ وَالشَّهَادَةِ أَجِيبُ بَأَنَّ الْحَدَّ زَا جَرٍ وَالشَّهَادَةُ بِاللَّهِ كَذِبًا مَقْرُونًا بِاللَّعْنِ عَلَى نَفْسِهِ سَبَبُ الْهَلَاكِ وَفِي ذَلِكَ زَجْرٌ عَنِ الْإِقْدَامِ عَلَى سَبَبِهِ فَإِنْ قِيلَ لَوْ كَانَ اللَّعَانُ قَائِمًا فِي حَقِّهِ مَقَامُ حَدِّ الْقَذْفِ يَجْرِي كَجُرْيَانِهِ فِي الْإِتِّحَادِ وَالتَّعَدُّدِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنْ مِنْ قَذْفٍ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي كَلَامٍ مُتَفَرِّقٍ فَعَلِيهِ أَنْ يُلَاعَنَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ عَلَى حِدَةٍ وَأَنْ قَذَفَ اجْنِبِيَّاتٍ فَإِنَّهُ يَقَامُ عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ لَهُنَّ مَرَّةً وَاحِدَةً أَجِيبُ بَأَنَّ اللَّعَانَ قَائِمٌ فِي حَقِّهِ مَقَامُ حَدِّ الْقَذْفِ بِقَذْفِ امْرَأَتِهِ لَامْطَلَقًا لِأَنَّهُ صَارَ بَدَلًا عَمَّا كَانَ يَلْزِمُهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ بِقَذْفِهَا فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْاجْنِبِيَّاتِ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ الْإِخْتِلَافُ لَاخْتِلَافُ الْمَقْصُودِ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ هُنَاكَ دَفْعُ عَارِ الزَّانَا عَنْهُنَّ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِقَامَةِ حَدِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ لَا يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِالْعَانِ وَاحِدَةً لَتَعْدُّ الْجَمْعُ بَيْنَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّعَانِ فَقَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي حَقِّ بَعْضٍ دُونَ بَعْضٍ وَالْمَقْصُودُ التَّنْزِيهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُنَّ وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْعَانِ بَعْضُهُنَّ فَيُلَاعَنُ كَلَامُهُنَّ عَلَى حِدَةٍ حَتَّى لَوْ كَانَ مُحْدُودًا فِي قَذْفٍ كَانَ عَلَيْهِ لَهُنَّ حَدُّ وَاحِدٍ لِأَنَّ مَوْجِبَ قَذْفِهِنَّ الْحَدَّ حَيْثُ ذُو الْمَقْصُودِ يَحْصُلُ بِحَدِّ وَاحِدٍ كَمَا

في الاجنبيات وانما قيد بتولده عندنا لان عند الشافعي رحمه الله اللعان انما يكون ايمان
 مؤكدة بالشهادة فمن كان اهل اليمين كان اهل اللعان **قوله** اذا ثبت هذا نقول
 يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالايمان نقول
 لابد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون المرأة
 ممن يحذف قذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان ويجب لهم ان ينتفي
 الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفها كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف
 فانه يكون قذف المرأة فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة
 لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فتنبيه من الفراش الصحيح
 قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير بنتي الولد قاذفها ما لم يقل
 وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد
 الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفها ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ
 الاسلام رحمه الله والقياس ما قاله الا ان تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم
 ان الولد ليس منه بان لم يطأها وعزل عنها عزلاينا ولكن لا يعلم انه بزنا او بوطء
 عن شبهة فاكتفي بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق
 الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه حقه لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد
 من طلبها كسائر الحقوق * فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن
 ويكذب نفسه لانه حق مستحق عايه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو
 عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع
 السبب اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد
 منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يبق
 التكاذب بل وافق المرأة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة

النسخة الاخرى فقليل انها تغيير على زعم ان سب اللعان لا يرتفع بالا كذاب بل
ينقرر الا يرى انه يجب عليه الحد بالا كذاب وهو الاصل في القذف لكن يرتفع
الشين بالكاذب ومن الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان النكاذب شرط اللعان
فيل قوله وهو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه
لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص
وهو قوله تعالى فشهادة احدىهم اربع شهادات بالله وقوله الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو
المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى
لكن كانه استشعر ان يقال المتلوم من النص لا يبدل على المبتدأ به فقال الا انه يبتدأ وقوله
فان امتنعت ظاهر وان كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها
الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فتذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر
اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد
القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية فانه كان هو الم شروع اولاً ثم
صار لللعان خلفاً عنه في قذف الزوج عند وجود الشرط فاذا اعدمت صير الى الاصل وقوله
وان كان هو من اهل الشهادة وهو ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
اربعة لاللعان بينهن وبين ازواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت
الحرة والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن
ابا بكر الرازي رحمه الله ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي رحمه الله باسناده
عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم
فيل كفى بابي بكر الرازي رحمه الله لعدالته وفتحه وضبطه مقتدى ولو كانا محدودين
في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة
فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة في القذف درأ للحد اجيب بان المانع

عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الالهية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد بل انعقد اللعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونقض بما لو قذف عبدا امرأته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف يوجب واجيب بان في العبد شبهة الالهية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ الحد وليس كذلك المحدود في القذف **قوله** وصفة اللعان ان يتبدأ القاضي بصفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعلل لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما فيئدانه لومات احدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحدة الله تقع الفرقة بتلاعهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم الملتاعنان لا يجتمعان ابدانفي الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَانٍ ووجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالا حسان فاذا امتنع ناب القاضي منا به دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان اولي فتأمل وقوله وقول ذلك الملاعن يريد عويلس العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلب رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحلت

استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر
رحمه الله بالحديث يجيء ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بآئنة عند أبي حنيفة
ومحمد رحمه الله لان فعل القاضي انتسب اليه لنيايته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب
اذا اكذب نفسه عندها مسألة مبتدأة وقال ابو يوسف رحمه الله هو اي الثابت باللعان
تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأييد
وهو ينافي عودة خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة
والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التأييد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان
ماداما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرة اللعان او مجازا باعتبار
بقاء حكمه فلم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه
وجب عليه الحد بطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان
القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك
ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى آخره وهو ظاهر وقوله ولان المقصود من هذا
اللعان نفى الولد حيث كان القذف به فيؤخر عليه اي على الزوج مقصوده بالقضاء بالتفريق
يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج الى ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن أبي يوسف
رحمه الله ان القاضي يفرق بينهما ويتول قد الزمتهمه واخرجته من نسب الاب حتى
لولا يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفى الولد ينفك عنه اي عن التفريق
ان ليس من ضرورة التفريق باللعان نفى الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان
ولا ينتفى النسب عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن أبي يوسف
رحمه الله فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب
الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بآئنة بعد القذف فانه اذا اكذب
نفسه بعد القذف والبيونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان

(كتاب الطلاق * باب اللعان)

التفريق بينهما ولا يتأتى به ذاك بعد البينة فلا معنى لللعان بعد فوات المقصود ولا حد عليه لان قذفه كان يوجب اللعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين بخلاف ما لو اكدب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان ولهذا لا يحد وان اكدب نفسه فلو قال انت طالق ثلثا يازانية كان عليه الحد لانها بانة بالتطليقات الثلاث وانما قذفها بالزنا بعد البينة فعليه الحد ولو قال يازانية انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوبة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط * وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكدب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكره هناك تعريفا ونقل ههنا لنظر القدرى وقوله فكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جازله ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهل اللعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يجرمان فحيث كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك اين تبقى محلا للزوج اجيب بان معنى قوله حدثت جلدت وتصوير المسئلة ان يتلاعنا بعد الزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان وكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست بمحصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قوله** واذا قذف امرأته وهي صغيرة اذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنيا لعدم احصانها لانه من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف

وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد التذف لا يثبت الا بالصريح
فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو يقول اشارة الاخرس كعبارة لواطق ولما ان
الاشارة لا تعري عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندبر بالشبهات واللعان في معنى
الحد واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضيمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف
وقوله والقذف لا يصح تعليقه بالشرط انما كان كذلك لان التذف صلا لا يحلف به لافضائه
الى بقاءه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك احتمال لا يثبت ما يندبر
بالشبهات فان قال لها زنت وهذا الحمل من الزنا ظاهر وقوله وقد قذفها حاملا ربي انه
صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت اصبه اربصم احش الساقين فهو لهلال وفي رواية
احيمر قصيرون ان جاءت به اسود جعدا جاليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه
فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولما ان نفى الولد
حكم من احكامه لا يترتب عليه الا بعد الولادة لتتمكن الاحتمال قبله اي قبل اتصال
الولد وقبل حصول الولادة فان قيل بل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث
والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام ولا يتقرر مع الشبهة
بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال
الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها ونفى
الولد منها لا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حدثت هلال محمول
على انه عرف قيام الحمل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه عليه الصلوة والسلام قال
ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي **قوله** واذا نفى
الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي يقبل التهنية قال في النهاية على
بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنية ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا

ولا بي حنيقة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل لئلا يتبع في نفي الولد مجازفا واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم النفي وهو قبوله التهنية او سكوتة عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيقة رحمه الله انه قد روى بسبعة ايام لان في هذه يستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لا يجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيقة رحمه الله انه مقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كأنها ولدت الآن فله النفي عند ابي حنيقة رحمه الله في مقدار ما يقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالغنة سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه كذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالغنة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصاركما اذا قال انها عفيفة ثم قال وهي زانية وفي ذلك التلاعب ولا يكون ذلك اكذبا فكذلك هذا والله اعلم بالصواب *

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر

ذكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان تقوم آلهة او لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او اضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحرا وغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها **قوله** واذا كان الزوج عنيئا واذا كان الزوج عنيئا اجله الحاكم سنة ابتداء ها من وقت الخصومة فان وصل اليها فيها والافرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابن حنيفة واصحابه رحمهم الله والشافعي واصحابه رحمهم الله ومالك واصحابه رحمهم الله واحمد واصحابه رحمهم الله ولا ن حقه ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلته معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرنا ها بسنة لاشتغالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لغرط وطوبة فيتداوى بها يصادة من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطباع فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطايمت بائنة لان فعل القاضي اصيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله وهو فسح لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد النمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العنق وقد تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود هو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما

الاول فلتنوات المقصود وهو الوطئ واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع
 الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة الغنين صحيحة لان المرأة قد سلمت
 المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البذل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما
 حيث قال ماذا فيهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لثوهم الشغل احتياطا استحسانا
 لما ينابني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته
 فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان
 مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول قول
 من يشهد له الظاهر وكان كالمودع اذا ادعى رد الودعة القول قوله لانه منكرو معنى وان
 كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله تعالى لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة
 وان كانت بكرًا نظر النساء اليها فان قلن هي بكرًا جل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب
 بحلف الزوج لا مكان ان بكارتها زالت بوجه آخر في شرط اليمين مع شهادتهن ليكون
 حجة فان حلف لاحق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في
 فرجها اصغريضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنق فثيب والا فبكر وتيل ان امكنها
 ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وتيل يكسر البيضة فيصب في فرجها فان دخلت
 فثيب والا فبكر وقوله وان كان مجبو بافرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب
 حلف الزوج حاصله ان الاراء للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد الاجل
 للعجز وان نكل خبرت لتأيدها بالشكول اي لتأييد دعوى المرأة انه لم يجامعها بشكول
 الزوج عن اليمين وان حلف لا تخبر لبطلان حقها وان كانت ثيبا في الاصل فالقول
 قوله مع يمينه وقد ذكرنا يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة
 فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا

بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضى بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضى الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضى بينهما كما مر **قوله** وفي التأجيل تعتبر السنة في التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض ومن شهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام اخبر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه ابي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى هذا فتوى المشايخ رحمهم الله وروى عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض احدهما في بادون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا تستطاع الجماع لارتفاق ذلك

الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الالمبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب
هو اما غدة غليظة او لحمية مرتفعة او عظم يمنع سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها
ذلك وقال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا وطبعا اما حسافى الرتق
والقرن واما طبعا ففى الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء
وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم
فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكفة بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط
شيء من مهرها فاختلفا به هذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحيوتها
وهذا اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة
لا يؤثر في عقد النكاح الا ترى انه لو لم يستوف لبخراود فرا و قروح فاحشة لم يكن له حق
الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما فى الجذام والبرص والجنون فظاهر
واما فى الباقين فبالشق والفتق وقوله صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم الحديث محمول
على الفرار بالطلاق وكذا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد
على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه صلى الله عليه وسلم قال لها
الحقني باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه
اثبت له الخيار بهذه العيوب ومذهبا موى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما
وانا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الي حقها لمعنى فيه فكان
بمنزلة الحب والعنة فتتخير د فعلا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن
من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل مدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما
يثبت في الحب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطى لان شرعية
النكاح لاجل الوطى وهذه العيوب غير مختلفة به فافترا فان قيل جعل المصنف رحمه الله

رحمه الله الوطى فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الحب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزمه من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضوعين وذلك تحكم نلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطى وايس ذلك بمراد به وانما المراد به التمكن كذا تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلاثة والله اعلم *

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره عقبها بذكرو جهة التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة في اللغة ايام اقراء المرأة وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة مؤكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهوى هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وعند الشافعي رحمه الله هو كفى المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه **قوله** واذ اطلق الرجل امرأته اذ اطلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيًا ولم يتل وقد دخل بها لان قوله رجعيًا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي ان كانت حرة من تحيض فعدت لثلاثة اقراء لقوله تعالى **وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارة واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف من براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا يمكن ان يتناولهما جملة للاشتراك فان اللفظ

الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين حقيقة او مجازا على ما عرف
 في الاصول ولا بعد في ان يكون تعرض المصنف رحمه الله بكونه من الاضداد اشارة الى
 نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد
 ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على
 الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعنى القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم
 وجهه ان اقل الجمع ثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان
 الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاظهار فيكون
 حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تعالى ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ خاص لكونه
 وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول
 وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلثا
 والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان
 الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حائل وهواي التعرف
 هو المتصور والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في
 النصف لافي النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق ببيانابه اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك
 من الكتاب بياننا وان كانت مدن لا تحيض من صغرا وكبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى
 وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ اِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ اشْهُرٍ وَكَذَا الَّتِي بَلَغَتْ
 بِالْسِنِ اَي خمسة عشر سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنْ عَطْفُ اللَّائِي
 لم يحضن على اللائي ييسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان
 الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم المحيض
 كما في قوله تعالى فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله
 تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله

وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَهُنَّ
أَزْوَاجٌ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا نسخ قوله تعالى وَصِيَّةٌ لِّأَزْوَاجِهِمْ مَّتَا
إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كان احدكن
في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها تعدت في شرا حلاسلها في بيتها حولان ثم خرجت فومت ببعرة
انما هي اربعة اشهر وعشر فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولي وهي الحول وقصري
وهي اربعة اشهر وعشرون الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة
شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق منصف * وان كانت حاملا فعدتها
ان تضع حملها لا طلاق قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وهو
مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعدد با بعد الاجلين
اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعدا لان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ
أَجَلُهُنَّ الْآيَةُ يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ يوجب الاعتداد
باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا قلنا قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما
من شاء باهله ان سورة النساء القصوى يعني سورة يا ايها النبي إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ إِلَى آخِرِهَا
نَزَلَتْ بعد الآية التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ متأخر عن قوله تعالى
يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت
وزوجها على سريرة لا نقصت عدتها وحل لها ان تنزوج **قوله** وَأَنَا وَرَثَتِ الْمَطْلُوقَةُ فِي الْمَرَضِ
فَعَدَّتْهَا بعد الاجلين وعدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان باثنا او ثلثا بعد الاجلين ان تعدت اربعة
اشهر وعشر فيها نلت حيض حتى لو اعدت اربعة اشهر وعشر فلم تحض كانت في العدة
مالم تحض نلت حيض ولو حاضت نلت حيض قبل تمام اربعة اشهر وعشر لا تقتضي
عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله نلت

حيض واما اذا كان رجعيًا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لا بنبي يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو ناطع النكاح بخلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث آجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبين الملازمة بقوله احتياطاً وبیانته انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القيام بينهما حكماً الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكماً اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في الميراث كالمتهني بالموت حكماً فني حكم العدة الاولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متدرج حقيقة فالزمنها الجمع بينهما احتياطاً وقوله ولو قتل على رده جواب عما استدل به ابو يوسف رحمه الله فقال لا يرى ان المرتد اذ مات او قتل على رده ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان برده لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعدد باعد الاجلين فلا ينهض دليلاً وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك كما ذكر في الكتاب ان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا تلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكماً وقوله فان اعتقت الامة في عدتها ظاهراً وعرض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة

العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تحولت بالموت من الافراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تحول العدة بالعتق وقوله ان كانت آئسة ظاهر وقوله اذا رأت على العادة يعني ان رأت دما سائلا وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان رأت بلكة يسيرة لم تكن حيضا بل ذاك من تن الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انتقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت بنت تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم تكن حيضا وقوله تحرزا من الجمع بين البذل والمبذل منقوض بسن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود يؤمى وفي ذلك جمع بين البذل والمبذل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة او في الطهارة فكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست ببذل عن الصلوة بالوضوء وكذلك الصلوة بالاياء ليست ببذل عن الصلوة بالركوع والسجود لان بعض الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبذل عن الحيض واكمال البذل بالاصل جمع بينهما **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علما ثنا رحمهم الله والمحرم اذا نكحها عالما بحرمتها عند ابي حنيفة رحمه الله والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها مدتها الحيض في الفرقة الموت جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم للقضاء حق النكاح اذ لاحق للنكاح الفاسد والوطئ بشبهة والحيض هو المعروف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة

والموت فإن قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحیضة واحدة او شهر واحد كما في الاستبراء وليس كذلك اجیب بانها انما كانت ثلث حیض الحائض للشبهة بالحقیقة فان احكام العدة الفاسد ابدأ تؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غير ان ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار الناسف لفوت نعمة النكاح فالنعمه في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا فاذا مات مولى ام الولد عنها واعتقها فعدتها ثلث حیض وقال الشافعي رحمه الله حیضة واحدة وهو مروى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال عدتها اثري ملك اليمين لانها تجب بزواله فكان كالا ستبراء ولهذا لا يختلف بالحیوة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحیضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما وامامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حیض وهو المروى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان كانت ممد لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امرأته ظاهر قوله كالمحدث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت بستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشائخ رحمهم الله وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقول من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريرة عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال فصرت المدة او طالت لتضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا

وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وأن لم يكن الحمل منه وهذه
 أخرى وهي واضحة وبين الأول بقوله لشرعها أي لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود
 الإقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعروف
 على ما مر وفيه نظر لأن الضمير في قوله لشرعها إمامان يعود إلى عدة الوفاة في أولات
 الاحمال أو إليها مطلقا ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحيض عندنا ولا إلى الثاني
 لأن المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من أن لا تكون للتعرف عن فراغ الرحم
 في غير الحامل أن لا تكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب
 أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقا يعني أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح
 لا للتعرف لافي أولات الاحمال ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الإقراء المعرفة
 والدليل إذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ
 الرحم غير معبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب
 عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني إنما كانت عدتها بالشهور لأنها حكمتا بفراغ رحمها
 عند الموت والزمن العدة ووجبت العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التريص فلا تغير
 بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لأنها عدة
 أولات الاحمال بالنص فافترقا أي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فإن قيل
 إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم إذا ظهر الحمل
 تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله ولا يلزم امرأة
 الكبير إذا حدث بها الحمل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان أي الحمل كالتائم
 عند الموت حكما تبع الحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت
 وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالتائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت
 النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا إلى أقرب الاوقات

فكان ابتداء عدتها بالا شهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي
 مسألة الصغير وهذا وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له
 فلا يتصور منه العلق فان قيل النكاح موجود في مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم
 الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور وقوله
 واذا طلق الرجل امرأته ظاهر **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة واذا وجبت على المرأة
 عدتان فاما ان تكون من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلث
 فتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ
 الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول فاما ان تكونا
 من جنسين كالموتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجي او من جنس واحد كالمطلقة
 اذا تزوجت بزوج آخر في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما اذا دخلتا عندنا ويكون ما تراه
 المرأة من الحيض محسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية
 فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعد ما رأت المرأة
 حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان تنوب عن اربع
 حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن
 رأت شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب عن ستة حيض وقال الشافعي رحمه الله
 لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تدخل
 في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم
 كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تدخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود
 من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتتداخلان **قوله**
 ومعنى العبادة تابع جواب من قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى
 العبادة في العدة تابع اركانها خمسة الا انه لا يخلو من الله تعالى لا تغف ما عتد

حُكْمُ الْكَاحِ الْآيَةِ وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا يَخْرُجُنَّ الْآيَةُ وَمُوجِبُ الْإِنْهَى التَّحْرِيمُ وَإِذَا كَانَ رُكْنُهَا
 الْحَرَمَةُ فَالْحَرَمَاتُ تَجْتَمِعُ كَصِيدِ الْحَرَمِ لِلْمَحْرَمِ حَرَامٌ لِلْأَحْرَامِ وَالْحَرَمُ وَالْخُمْرُ فِي مَنْ حَلَفَ
 لَا يَشْرِبُهَا وَهُوَ صَائِمٌ فَإِنَّهَا حَرَامٌ لَهُ لَصَوْمِهِ وَلَكُونَهُ خَمْرًا وَلِيَمِينِهِ بِخِلَافِ الصَّوْمِ فَإِنَّ رُكْنَ
 الْكُفِّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ثُمَّ انْمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَأَنَّ يَجْتَمِعَ الْأَمْسَاكُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ وَاسْتَوْضَحَ
 الْمَصْنُفُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَبَعِيَةَ الْعِبَادَةِ بِقَوْلِهِ لَا تَرَى أَنَّهَا تَمْتَصِي بِدُونِ عِلْمِهَا وَمَعَ تَرْكِهَا الْكُفِّ
 بِعُنَى عَنِ الْخُرُوجِ وَالْعِبَادَةِ لَا يَتَحَقَّقُ إِذَا وَجَدَ رُكْنَهَا وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ
 لِلتَّعْرِفِ عَنْ فِرَاقِ الرَّحِمِ لَمْ تَجِبْ عَلَى الصَّبِيَّةِ وَالْأَنْثَى لِعَدَمِ الشَّغْلِ بِهَا وَلَا عَلَى الْمُتَوَفَّى
 عَنْهَا زَوْجِهَا لِأَنَّ زَوْجَهَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ وَاللَّوْازِمُ بَاطِلَةٌ فَكَذَلِكَ الْمَلْزُومَاتُ سَلِمْنَا
 أَنَّ الْمَقْصُودَ ذَلِكَ لَكِنْ لَا نَسْلُمُ جَوَازَ التَّدَاخُلِ وَالْإِلْجَازَ التَّدَاخُلَ فِي أَقْرَاءَ عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ لِحَصُولِ
 الْمَقْصُودِ وَنَفِيَّ ضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَنْهَا وَاجِبٌ عَنِ الْأَوَّلِ أَنَّ الصَّبِيَّةَ الَّتِي تَحْتَمِلُ الْوُطْئَ
 وَالْأَنْثَى تَحْتَمِلَانِ الْعُلُوقَ فَدَارَ الْحُكْمُ عَلَى دَلِيلِ الشَّغْلِ وَهُوَ الْوُطْئُ لِأَنَّ الْعِدَّةَ يَكْتَفِي فِي إِجْبَابِهَا
 بِتَوْهَمِ الشَّغْلِ وَأَنَّ كَانَ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا الْحَاجَةُ فِيهَا إِلَى التَّعْرِفِ قَائِدَةٌ
 ضَائِنَةٌ لِمَا نِيَّ الزَّوْجَيْنِ عَنِ الْإِخْتِلَاطِ لِأَنَّ مَاءَ الْأَوَّلِ مُحْتَرَمٌ فِي نَفْسِهِ كَمَا أَنَّ الثَّانِي وَعَنِ
 الثَّانِي بَأَنَّ لَا نَسْلُمُ الْمَلَا زِمَةً لِأَنَّ التَّعْرِفَ بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ لَيْسَ كَالْتَّعْرِفِ بِثَلَاثِ حَيْضٍ فِي حَصُولِ
 الْمَقْصُودِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْأَوَّلَى تَعْرِفَ الْفِرَاقِ وَمِنِ الثَّانِيَةِ أَظْهَرَ خَطَرَ النِّكَاحِ فِرَاقَيْنِهِ
 وَبَيْنَ الْأَسْتِبْرَاءِ وَمِنِ الثَّلَاثَةِ أَظْهَرَ شَرَفَ الْحَرِيَّةِ وَهَذَا الْمَقْصُودُ لَا يَحْصُلُ بِالْحَيْضَةِ الْوَاحِدَةِ
 وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْمَصْنُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَمْ يَعْلَلِ إِلَّا بِالتَّعْرِفِ عَنِ فِرَاقِ الرَّحِمِ وَكَانَ السُّؤَالُ
 وَارِدًا عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ وَالْمُعْتَدَةُ عَنِ وَفَاةٍ إِذَا وَطِئَتْ بِشَبِيهَةٍ تَعْتَدُ بِالشَّهْرِ ظَاهِرٌ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ
 لَوْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ فَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا فَعَلَيْهَا بَقِيَّةُ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ تَمَامٌ
 أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَ يَوْمٍ وَعَلَيْهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ لِأَخْرَجَتْ حَاضَتٌ بَعْدَ التَّفْرِيقِ مِنْ عِدَّةِ
 الْوَفَاةِ أَيْضًا وَاللَّهُ أَعْلَمُ **قَوْلُهُ** وَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ فِي الطَّلَاقِ حَقِيبُ الطَّلَاقِ ابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ

في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد رحمه الله اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشائخنا رحمهم الله يريد علماء بخارا وسمرقند رحمهم الله تقتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار بنفي التهمة المواقعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشيء او يتواضعا على انقضاء العدة لان يتزوج اختها او اربعاً سواها وقال في الذخيرة اختار مشائخ بلخ رحمهم الله انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها واربعة سواها زجراله على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق بينهما وعزم الواطي على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطالع عليه وله دليل ظاهر وهو الاختيار بذلك بان يقول تركت وطئها وما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطئ هو السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم تجب عليها العدة ولنا ان كل وطئ وجد في العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جازان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحريه هذه النكته ان العدة لا تثبت الا بآخر وطئة وآخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالا اتفاق بيننا وبين الخصم واما ان آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله

وقوله ولان التمكّن على وجه الشبهة دليل آخر وتقديره ان حقيقة الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكّن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكّن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ وان اقام مقامهما فمهما كان التمكّن باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات ان التمكّن باق بعد كل وطئة فرضت فلا بد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكّن فتعين آخر الوطئات فان قلت لانسام ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست مخفية بالنسبة اليهما قلت وقد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع سواها ولا يخفاء في خفاء مفهوم كلام المصنف رحمه الله في التكتين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت وخاطري ابو عذرتة وجهد المقلد موعه وقوله واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي ظاهر وقوله فتخلف كالمدع يعني ان اقال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المدع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الا امين الا اليمين **قوله** واذا اطلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في اليتيمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني او لا فعند محمد رحمه الله لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهر ووجه قول محمد رحمه الله ان هذا طلاق قبل المسيس والحلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة الزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام واده اي

منكوحته التي ولدت عنه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح
تجنب فيها ما تجنب المنكوحه من الخروج والتزين وحيضة من العلق لا تجنب فيها
لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا يرى انه لا يجوز ان يزوجه وانما لم يظهر
حكم العدة في حقه لما منع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا
فوجب حيضتان للفساد وهما تعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الحداد واما الثالثة
فانما يجب من العلق خاصة فلا يلزمها الحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالموطئة
الاولى وبقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة
بالدخول في النكاح الاول تاب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض
اي بالدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح
الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح
الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول
وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق
بعد الدخول والمشابهة للشي لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول
في حق تكميل المهر وكما لوجوب العدة لافيدساوها حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع
بأننا ويشبه بالغاصب يشترى المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول
تشبيهه لتحقيق بدليل قوله قبله تاب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر رحمه الله
على ما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى
والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى آخره واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها
وكذا ان اخرجت الحرية اليها مراعاة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدان قال راغم
فلان قومه اذا تابدهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام الترمذي رحمه الله
اذا خرج احد الزوجين اليها سدا او ذميا او مستأمناسم او صار ذميا او آخر على حرية ثم

ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلامدة عليها وانما قيد المصنف رحمه الله بقوله مسامة بيان لا حسن حالاتها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاح محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذاك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لعدة عايمها من الكافرا اذا كان معتقدهم ذاك وقد بينا في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ فِي الْجَنَاحِ فِي نِكَاحِ الْمُهَاجِرَاتِ مطلقاً فتبيده بما بعد انتضاء العدة زيادة على النص وقوله ولان العدة حيث وجبت دليل معقول تقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى كان محللا للتملك وقوله الا ان تكون حاملاً يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لاحق له الا ان تكون امرأة حاملاً لان في بطنها ولد اثابت النسب والحمل الثابت النسب يمنع من احتماله الا يرى ان ام الولد اذا كانت حاملاً لا يزوجهام ولاها واذا كانت حائلاً جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفرائش قائماً فكما يستلزم الجمع بين الفرائشين ولا كذلك اذا لم تكن ولقائل ان يقول قوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقيده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة فالجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر فلا يسقين ماء زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يبطأها كالحمل من الزنا والاول وهوان

لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحمل من الزنا لانه
لا نسب له والله اعلم بالصواب *

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا
الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وابنته والمبتوتة المرأة
واصلها المبتوتة طلاقها والمراد بالمبتوتة من انتطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلث
المختلعة والمطلقة ثلثا والمطلقة بتطبيقه بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت
بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها وأصل الحد المنع يقال
أحدثت المرأة أحداً أفهي محددة منعت نفسها وحدثت تحدداً وأما المتوفى عنها
زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت
فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه
احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها الكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم
احلال وليس الكلام فيه وإنما هو في الإيجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله
صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لا يحل الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد
نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقرير الحديث لا تحد المرأة
على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فانها تحد أربعة أشهر وعشراً فكان هذا
حينئذ اخباراً باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع أكد من الامر
وهذا النسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التأسف على فوت النعم وذاك
مذموم قال الله تعالى لِكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَى مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ وَكَيْفَ صَار واجبا
بالخبر معارضاً للكتاب واجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص

خاص وهو الفرج والاسي مع الصباح هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه وأما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا حداد عليها لانه وجب اظهار التأسف على فوت زوج وفي بعهدا الى ممانته وهذا قد اوحشها بالا بانه فلا تأسف على فوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم تفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسنادة الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعة لا يخضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا للحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريرة ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لابعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتاميف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد اقدت نفسها برضاها بطلب الخلاص منه فكيف تنأسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التأسف لوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العتل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهم لانهم لحم على وضهم ودور النفقة عليهم لكونهن ضعائف من التكسب مواجز من الثقب ولا كذلك الأزواج وقوله والحداد ويقال الاحداد تعريف للحداد فكان موضعه اول الكلام واتى بجامع الصغير

لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوجد اشارة الى العذر وهو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف * والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح مادامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تنصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افكحلها فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روي اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب **قوله** ولا حداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهي خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم واما الكافرة وهي الكتائية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشارة الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثناء هؤلاء استطراد وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتهما نعمة النكاح لتظهر التأسف والاصل هو الاباحة في الزينة لاسيما في النساء قال الله تعالى قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ فَنُقِلَ قد ذكر المصنف رحمه الله ان وجوب الحداد لاظهار التأسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالتاسف موجود فيهما لانهما ممنوعتان من النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب

وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وارى ان قوله والاباحة اصل اشارة الى الجواب من هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلمية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان يخطب المعتدة لقوله تعالى وَلَا تَعْرُضُوا عَقْدَ النَّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَلَا بَأْسَ بِالْتَّعْرِيزِ فِي الْخُطْبَةِ لقوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ الى ان قال وَلَكِنْ لَا تَأْتُوا عِدَّوْهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل على شيء آخر وقد فسر ابن عباس رضي الله عنه في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله تعالى أَوَاكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ أَي سَتَرْتُمْ فِي قُلُوبِكُمْ فَلَمْ تَذْكُرُوهُ بِالسَّنَتِكُمْ لا معرضين ولا مصرحين والمستدرک بقوله تعالى وَلَكِنْ لَا تَأْتُوا عِدَّوْهُنَّ مُحْذِفٍ تَقْدِيرُهُ عِلْمُ اللَّهِ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ فَإِنْ كَرِهْتُمْ وَلَكِنْ لَا تَأْتُوا عِدَّوْهُنَّ سِرًّا أَي وَطْئًا لِأَنَّهُ مِمَّا يَسِرُّ إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وهوان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بـ لَا تَأْتُوا عِدَّوْهُنَّ أَي لَا تَأْتُوا عِدَّوْهُنَّ مَوَاعِدَةً فَطِ الْأُمُورِ مَعْرُوفَةً كَذَا فِي الْكُشَافِ وَقَدْ فُسِّرَ الْقَوْلُ الْمَعْرُوفُ سَعِيدُ بْنُ جَبْرِ بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَلَا يَجُوزُ لِلْمُطْلَاقَةِ الرَّجْعِيَّةِ وَالْمُبْتَوِّتَةِ أَنْ تَخْرُجَ مِنَ الْمَنْزِلِ الَّذِي كَانَتْ فِيهِ وَقَدْ تَفَارَقَتْ إِذَا اضْطُرَّتْ نَحْوَانِ خَافَتْ سَقُوطَهُ أَوْ يَعَارَفِيهِ عَلَى نَفْسِهَا أَوْ مَالِهَا وَأَخْرَجَهَا أَهْلُ الْمَنْزِلِ بَانَ كَانَتْ تَسْكُنُ بَكْرًا أَوْ كَانَ زَوْجُهَا غَائِبًا وَلَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِجْرَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضُ اللَّيْلِ وَلَا تَبِيتَ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا إِمَّا عَدَمَ خُرُوجِ الْمُطْلَاقَةِ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا تَخْرِجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِغَاثِشَةٍ مُبِينَةٍ وَاخْتَلَفَ فِي تَفْسِيرِ الْفَاحِشَةِ فَقِيلَ هِيَ نَفْسُ الْخُرُوجِ قَالَ إِبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَبِهَا خُذَابُ وَخُفِيَّةُ رَحِمَهُ اللَّهُ فَيَكُونُ مَعْنَاهَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ خُرُوجُهَا فَاحِشَةً كَمَا يُقَالُ لَا يَسِبُ النَّبِيُّ الْكَافِرَ وَلَا يَنْبِئُ أَحَدٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَاسِقًا وَقِيلَ هِيَ الزَّنا وَتَخْرِجْنَ لِأَمَانَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِنَ قَالَه إِبْنُ مَسْعُودٍ رضي الله عنه

وبه اخذاً بـ يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها وان يكون
 بذية اللسان تبدو على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واضح وقوله صلى الله
عليه وسلم التي قتل زوجها هي فريضة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري
رضي الله عنهم لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت ان تعتد
 في بيت خدره لاني بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعيدي المسالة فاعدت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله
 يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب
 عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج ببعض النهار قضاء حوائجها جائز فانه
صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج للاستغناء وقوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان
 مكنتها في منزل الزوج واجب ومكنته فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم
المنزل فلخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين
 الموضع الذي تنقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت بعذران التعيين اليها
 لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت مع زوجها الى مكة فطلقها ثلثا ومات عنها
 هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو ما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام
 فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مصرها ثلثة ايام او دونها
 اما اذا كانت ثلثة ايام نظرا لان الماضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون
 واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل
 الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من اسئدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان
 الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين مقصدها ايضا ثلثة ايام او اقل فان كانت ثلثة ايام
 فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي او لم يكن
 لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى

الى مكة وغالب طريقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قبل وينبغي ان يختار اقرب الجانبين وفي هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان نهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف رحمه الله

الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا يكون منشئة سنرا ولا سائرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف رحمه الله في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان ليس لها الخيار في ذلك اذا كانت المداينة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتدل ان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانه دام المنزل وغيرها واذا اذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم المذكور في الكتاب وهو واضح والله اعلم بالصواب *

باب ثبوت النسب

لما ذكرنا نواع المعتدات من ذوات الاقراء والاشهر والاحمال ذكر ما يلزمه من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فنزوجه فولدت ولد السنة اشهر من يوم تزوجه اي من وقت تزوجه لان اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت يعني من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لسته اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قبل هذا نكاح لا يتصور فيه الوطئ والاعلاق لانه لما تزوج وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب الا يرى ان نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت كذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجه وهو على بطنها يخاطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الانزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصل قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية الندرة فكيف يمتني عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادر لكن النسب يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر هذا اذا جاءت به لسته اشهر من غير زيادة ولا نقصان واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان علوقه كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه وكذلك ان وادت لاكثر منها لان حين طلقت حكمنا بانه لاعدة لها لانها مطلقة قبل الدخول والخلو ولم يتيقن ببطان هذا الحكم لاحتمال انه علق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا جاءت به لسته اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق

الطلاق فتتقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره
فجعلنا العلوق منه احتياطاً لمر النسب ان جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر
وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه اصابة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع
من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر
فلما ذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن ابي يوسف رحمه الله وهو القياس
يلزمه مهر ونصف اما النصف فبالطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله ويثبت
نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك قيل عليه
ينبغي ان يصير مراجعاً لان الوطى ههنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات
وهي حالة العدة فتثبت به المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف
السنة لانه يصير مراجعاً لها بدون الاشهاد بالفعل فاحيل العلوق الى قبل الطلاق صيانة
لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعاً بالشك وانما يجب ان يقول
لا يصير مراجعاً لالة الدليل على كون الوطى قبل الطلاق وقوله لان العلوق
بعد الطلاق اذا لولد لا يبتنى في بطن امه اكثر من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو
منتفى حلالاً لها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز انها
تزوجت بعد انقضاء العدة زوجها آخر لا يقال الغرض فيما اذا لم يتزوج لانا نقول الغرض انه
لم يوطأها في العدة اذ لو وطئها ثبتت الرجعة من غير تقرير هذا التكلف واجيب بانه نعم
كذلك الا ان الحكم ببقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر
فيجب القول به قال في النهاية التي هذا اشار فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه وفيه نظر
لانه غير واقع بل هو التزام السؤال والصواب في الجواب ان المراد بقوله لا تنفائ الزنا
منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد فيكون ذكر الملزوم واردة اللازم
وهو مجازو حينئذ يندفع السؤال لانا ان جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي

الولد ضائعاً فإنه قال لا انتفاء التضييع منهما بالزنا أو بما في معناه فيه قوله والمبتوتة يثبت
نسب ولدها منه إذا ولدت المبتوتة لآفل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال
ان يكون الولد قائماً وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب
احتياطاً وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرق لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق
والا لئلا زاد اكثرمدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله
الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به
لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله لانه التزمه اي
التزم النسب عند عواذ وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط
في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد تسعة اشهر لم يلزمه
حتى تأتي به لآفل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معدة يحتمل ان يكون حاملاً ولم تقر
بانتضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول
بها وهي تحتمل الحمل ساعة فساعة فتحتمل ان تكون حاملاً وقت الطلاق فيكون انتضاء
عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلى بعد انتضاء العدة بثلاثة اشهر واذا كان كذلك
كانت كالباغية اذا لم تقر بانتضاء عدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر
بانتضاء العدة لانها اذا اقرت بانتضاء العدة بثلاثة اشهر ثم جاءت بالولد لآفل من ستة
اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كأنها لم تقر بانتضاءها
فيثبت النسب ولهما ان لا انتضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة يتيقن
وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبعضيها يحكم الشرع بالانتضاء اقرت به او
لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله
فلو اقرت بانتضاء العدة ثم ولدت لسته اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي

بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لا انتضاء عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحمل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلاثة رحمه الله ولا يحكم بالانتضاء بالاشهر هناك لا حتمال الانتضاء بالوضع في المآل وما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا انا نقول لا انتضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف رحمه الله يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلاثة اشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو ستان وان كانت الصغيرة ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعرف بامر عدتها فمحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وقوله يثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا نقول لا انتضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضها الحكم على الاصل ولكن الاصل في الموضوعين قد اختلف فكذلك اختلف الحكم الذي ينشأ عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعيين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحه فاما النكاح فلا يعتد الا بالاحبال وقوله وفيه اي في البلوغ شك والصغير كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانتضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة باطلانه حيث لم يتيد بعدة دون اخرى يتناول كل معتدة يعني سواء كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحض قبل

لانل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معنفة الا ان يأول كل معنفة بغير
 الآئسة وهذا مخالف لما نئل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ان
 الآئسة اذا اقرت بانتضاء العدة مفسرا بثلاثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت
 لافل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والافلا **قوله** واذا ولدت المعتدة
 ولدا اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكر الزوج لم يثبت
 نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله ما لم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون
 هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقال يثبت في
 جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعيين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت
 منها نسب كل ولد تلده قائم لتيام العدة وهو اي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة
 الى اثباته فانما الحاجة الى تعيين الوالد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال
 قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولا يبي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني
 سلما ان الفراش يكون قائما لقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي
 باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء
 بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما والحبل ظاهرا او الاعتراف
 به من الزوج صادرا لان النسب اذا كان ثابتا قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته
 وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قبل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما
 وجه اشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بينا بين الشهود
 وهم يعلمون ان ليس فيه غير هاتم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت
 المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا وصدها اي اقربه جميع الورثة او جماعة منهم
 يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين او رجلا وامرأتين منهم فهو ابنة في قولهم جميعا وهذا
 في حق الارث ظاهر لانه خالص حتمهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة

الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا النكاح يثبت اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو صحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو الاصل ليس بمتنوع الى نكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس سببا له فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء يثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لئلا يرد نكاح الكناينة والامة لانه من العوارض ورد باننا لانسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان مقتضى انما يصح لتصحیح المقتضي لا محالة والمقتضي ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطئ بشبهة او ان يكون الولد ولد ام الولد فلم يفيض ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان فانه قال المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد وقال والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعوا عادة وحينئذ لا يكون عن وطئ بشبهة وهو ظاهر والله اعلم بالصواب *

باب حضانة الولد ومن احق به

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روى عمر بن شعيب عن ابيه عن جده ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ولدي هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به مالم تتزوجي ولان الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها حيث يقص منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان في التفويض اليها زيادة مرحمة بمن هو مظهرها واليه اشار ابو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي ابي بكر الصديق رضي الله عنه لينزع العاصم منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابه حاضرون متوافرون ولم ينكر

احدى النفقة على الاب على ما سيجي وقوله ولا يجبر الام عليه اي على اخذ الولد
 اذا ابت اولم تطلب كما ذكره الا ان لا يكون للولد ذورحم محرم سوى الام فتجبر على
 حضانته لئلا يفوت حق الولد اذا الاجنبية لاشقة لها عليه فان لم تكن له ام بان ماتت
 او تزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد
 من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهم فمن كانت تدلى اليه بام فهي اولى
 ممن تدلى باب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة
 وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب واده حتى الحباري
 فان لم تكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات
 وهذه الولاية بالامومة ولهذا اي ولكون الجدة من الامهات تحوز ميراث الامهات
 السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل الولاد فان لم تكن له جدة فالاخوات
 اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدم في الميراث وهذا
 رواية كتاب النكاح اعتبارا بقرب القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد
 الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان
 الخالة تدلى بالام وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في
 تفسير قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب
 وام ظاهر ومعناه ان ذات قرابنتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة
 الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق الا يرى ان الاخ
 لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست
 بسبب الاستحقاق والعصوبة لها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله
 وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب الاستحقاق والعصوبة لها اصلا بخلاف قرابة
 الاب في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند دم قرابة الام **قوله** وكل من تزوجت

تزوجت من هؤلاء سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
 انت احق به ما لم تزوجي ولان حق الحضانه للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان
 زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نذرا اي قليلا وينظر اليه شررا اي نظر المبغض فلا نظره
 اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك زوج هو ذورحم
 محرم من الولد كالمع اذا تزوج بام الولد لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها
 بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امرأة من اهله
 فاخصم فيه الرجال فالاهم به اقربهم تعصبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه
 في باب الميراث وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم ديننا وورعنا احق به لان
 ضمه اليه انفع لانه يتخلق باخلاقه فان تساوا فأكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا
 فعند التعارض يرجح به كذا في المبسوط غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولي العتاقة
 وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي
 عن محمد رحمه الله وذكر امام التمر تاشي رحمه الله فان لم يكن واحد من العصبة تدفع الى الاخ
 لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوى الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد رحمه الله
 لاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة تحضنت وقوله والام والجدة احق
 بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر
 ان المعنى واحد وهو ظاهر وقوله اعتبار للغالب يعني ان الصبي في الغالب اذا بلغ سبع
 سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده وقوله تحتاج الى معرفة اداب
 النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمرأة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ
 يحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيه
 اقوى واهدى لان بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه
 لا يتمكن الام من ذلك وروى هشام عن محمد رحمه الله انها اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى

الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة ان تبلغ احدى عشر سنة في قولهم كذا في
النهاية وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله حد الشهوة ان تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت ستة
سنين او سبع سنين او ثمان ان كانت عبلة وقوله ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت
الصغيرة عند الاخوات او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حد انتهى
على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس
وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام
الصغيرة وليس لغير الام والجديتين ولاية الاستخدام ولهذا اتواجرها للخدمة فلا يحصل
المقصود وهو التعليم بخلاف الام والجدة لقد رتبهما على الاستخدام شرما والامة اذا
اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرّة في حق الولد لانها حرة وان ثبوت
الحق ليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاستتغال بخدمة المولى
والذمية احق بولدها المسلم بان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف
بالرفع على الاستيناف وبالجزم عطفاً على يعقل ان يألف الكفر لان الدفع اليها قبل
ذلك انظر للصبوي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش احوال الكفر في ذهنه ولا خيار للغلام
والجارية يعني بين الابوين وقال الشافعي رحمه الله لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز ويسلم
الى من اختاره فان اختار الاب لا يمنع من الزيارة فان اختار الام فعلى الاب مراعاته
وتسليمه الى المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلام بين الابوين
روى رافع بن سنان رضي الله عنهما انه اسلم وابنت امرأته عن ان تسلم فانت النبي صلى
الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهو فطيم وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم له
اقعدنا حية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما فقال ادعوها فمالت الصبية
الى امها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدا فمالت الى ابيها فاخذها ولنا
انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة وكلامه واضح ولكن قوله

قوله او يحمل على ما اذا كان بالغاً وفيه نظر لان المذكور في القصة الحسية وقال ابنتي وهو
 فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغاً والجواب ان المصنف رحمه الله قال خير
 ولم يقل غلاماً ولا غيره ليتناول ما رويناه وما روي انه صلى الله عليه وسلم خير غلامين
 الابوين من غير ذكر ما يدل على الصغر فأول المصنف رحمه الله الاول بقوله فلنا قد
 قال صلى الله عليه وسلم الى آخره والثاني بقوله او يحمل على ما اذا كان بالغاً *

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى القرى وغيرها في فصل
 على حدة واذا ارادت المطلقة بعد انتضاء العدة ان تخرج من المصنف ذلك على اربعة
 اقسام اما ان تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس بوطنها
 ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها
 وقد وقع العقد فيه فهي الانقسام العتلية فان اتفق امران جميعاً بان تخرج الى وطنها
 وقد وقع العقد فيه جازوا الا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله لانه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً
 دليل المستثنى وقوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكر اكان او انثى به
 اي بالتزوج في بلدة ذمياً قال في النهاية وهذا وقع غلطاً لان المصنف رحمه الله ذكر
 في السير وذكر ايضا في سبب سائر الكتاب اذا تزوج المستأمن ذمياً لا يصير ذمياً لانه يمكنه
 ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه يؤل
 الى ان يقال انه بالتزوج في بلدة التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذمياً
 ويلزم منه انه بالتزوج في بلد يصير الحربي ذمياً فعاد المحذور وان لم يجعل متعلفاً
 بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال بمحل البحث فلا يليق ذلك بمثل
 المصنف رحمه الله وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال لا حاجة الى

(كتاب الطلاق * باب حضانة الولد ومن احق به * فصل)

تغيير اللظ لجواز ان يكون الحربي صفة لشخص كما قررنا في اول البحث وحينئذ تراد به الحرية ولكن ذكره بنا ويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطاً اي كونه ملبساً ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكرهنا وجه القياس لان التزوج في بلدة يصلح دليلاً على التزام المقام فيه شرعاً وعرفاً لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج من تلك البلدة وما ذكر في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلاً على التزام المقام كنزوح الحرية الذمي الا ان قبول الحرية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصلح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيعي العلامة عبدالعزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لاوجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما وافول ان يثبت في الحربي تزوج في بلد المسلمين ان يصير به ذمي رواية ان صح استخراج وجه القياس والاستحسان والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل ما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح وما في عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الرايات واما القسم الآخر وهو ما لا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر من ذكره لظهوره من الانقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف آخر وهو شرط فيه ايضا وهو ان لا تنتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ونوع العقد فيها وفيه نظر لان الحرية بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فاني نيسراي^(١) نيسر لها الا تنقل اليها واجواب ان مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فوقعته الفرقة فيدا بينهما فارادت الخروج الى دار الحرب بولد هالم تمكن منه الباقي ظاهر *

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن لها الحضانة احتاج الى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرذ بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيرها والنفقة اسم بمعنى الاتفاق وهو عبارة عن الادرار عن الشيء بما به يقوم بقاءه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب فتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالاتفاق على نفسه لكونه جزء منه وكذا على الوالدين **قوله** النفقة واجبة للزوجة النفقة واجبة على الزوج للزوجة مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه ذكر في المبسوط وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم تنتقل الى بيت الزوج الا يرى ان الزوج وان لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان تطالبه بالنفقة وقال في الايضاح وهذا لان النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقتها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ امر بالاتفاق والامر للوجوب وقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهم عندكم اعوان اتخذتموهن بامانة الله فاستحللتم فروجهن بكلمة الله وان لكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا وان لا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضى والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق

خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالها ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به فان الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما قال المصنف رحمه الله اختيار امته لقول الخصاف وهو اي اعتبار حالها هو النفقة بحسب طريق الكفاية والتقدير لا تقتصر الى كفاية المهورات فلا معنى للزيادة يعني على كفايتها انظر الى الزوج واجاب عن قوله تعالى لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ بقوله ونحن نقول بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع لكن ان زاد كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته عملا بالدليلين كما مر ولا يؤذيه مع العجز وقوله معنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ الوسط يكون جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزداد على ما في وسعه ان كانت حالها تقتضيه وجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب وقوله وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على المهور مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر مدان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانها ما يختلف فيها احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والا ماكن ففي التقدير قد يكون اضرار **قوله** فان امتنعت عن تسليم نفسها ان امتنعت المرأة عن تسليم نفسها

نبل الدخول او بعده على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما ان يكون الامتناع بحق مثل
 ان تطلب المهر المعجل اولا فان كان الاول فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة
 حق من حقوقها فمطلبة احدهما لا تسقط الآخر وان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة
 هي الخارجة من منزل الزوج لانها اذا كانت ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على
 تحصيل المقصود منها طوعا او كرها فلا تبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن
 معها فبمنعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة
 لها حتى تعود الى منزل لان فوات الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس منها
 فتجب النفقة فان قيل الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها
 فما وجه حرمانها عنها فالجواب انا لا نسلم انها لم تفصل لانه تعالى قال وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ
رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ وذلك قديشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا تصور وقوله
 بخلاف ما اذا امتنعت متصل بقوله لان فوات الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة
 لا يستمتع بها اي لا توطأ فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم تكن حتى تصير
 الى الحالة التي تطبق الجماع لان امتناع الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس
 الموجب للنفقة وهو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح وهو الجماع او دواعيه
 ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير مشتهاة واستشكل
 بالرتقاء والقرناء ونحوهما فان المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة واجيب
 بان الدواعي غير فائتة بان يجامعهن تخيذا او غيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى
 قالوا ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة وقال
 الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عمده كما في المملوكة بملك اليمين
 وهذا لان وجوبها بسبب الحاجة والصغيرة والكبيرة فيها سواء كالمملوكة ولنا ان المهر
 عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو

هو المهر دون النفقة لئلا يجتمع عوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وقوله وان كان الزوج صغيرا بيان ذكر العجز عن جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقتان الجماع فلوا اعتبر جانب الصغير وجبت النفقة كما في الكبيرة ولوا اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع لمعنى جاء من جهتها واكثر ما في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعذور فإلّا يمنع من قبلها فائمه ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة وفيه نظر لان الدليل يفيد القلب وقوله واذا حبست ظاهر وقوله والفتوى على الاول يعني على ظاهر الرواية فهو ان لا نفقة للدغصوبة فيما مضى وقوله لان فوات الاحتباس ليس منه ليجعل باتيا تقديره بانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باتيا اما اذا كان الفوات للمعنى من جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باتيا تقديره وبذلك لا تجب النفقة وقوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا تجب النفقة لان فوات الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان اقامة الغرض عذرو كلامه واضح وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج فمرضت فيه **قوله** ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة اولم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار

ذاك الخادم فان لم يكن لها خادم لا يستوجبها كالتاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق
 كفاية الخادم في بيت المال ومنهم من قال كل من يخدم بها حرة كانت او مملوكة لها
 او غيرها يستحق وقوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهره وقالوا يعني المشائخ رحمهم الله
 ان الزوج الموسر تازمه نفقة الخادم واليسار ههنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب
 وجوب الزكوة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني نفقة الخادم غير نفقتها لكن في حق الادام
 دون الخبز واعلى الادام اللحم واوسطه الزيت وادناه الملح واللبن وقوله خلافا لما قاله
 محمد رحمه الله يعني ما قال محمد رحمه الله ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم
 تجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه
 النفقة كما لو كان موسرا وقوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن
 اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه اي اشترى الطعام نسبة على
 ان يتضى الثمن من مال الزوج وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عاجز عن الامساك
 بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فان ابى ناب القاضي منابه في التفريق كما في
 الحب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اولى من الجماع لان انقطاع الاول مدة
 مهلك دون الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق يبطل ان
 لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقهاية اخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفى
 في الزمان الثاني والاول اقوى في الضرر فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال
 وهو تابع جواب عن القياس على الحب والعنة وتقديره ان هذا قياس مع الفارق وهو باطل
 وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب الكاح والعجز عن الوصول
 الى المرأة بسبب الحب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل
 ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازه ابه عن التابع فان قيل لافائدة في
 الاذن لها بالاستدانة لها بعد فرض القاضي النفقة لها لانها صارت دينا بفرضه اجاب

اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الغرض ان يمكنها اعادة الغريم على الزوج يعني
من غير رضا الزوج واما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها
دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غائبا
فبينة منطبعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال
مشايخ سمرقند رحمه الله جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما في التفريق بالعجز
عن النفقة وفي القضاء على الغائب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان
العجز لا يعرف في حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا للعجز عنه
فان رفع هذا القضاء الى قاض فامضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل
مجتهد فيه ان العجز لم يثبت واذا قضى القاضي لها بنفقة الا عسار ثم ايسر فخاصته تتم لها
نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب الاعسار واليسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال
ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقديره ما قضى به تقرير لنفقة لم تجب
لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب
الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها
المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة اليسار على الموسر لان ما لا يكون
لازما فلذو امه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغير وكذلك حكم
عكس هذه المسئلة وقوله اذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله ان المهر
عوض عن الملك ولا يجتمع العرضان عن المعوض الواحد فان قيل ما تقدم يدل على
انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها
فلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب
على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب اجيب بانها صلة من
وجه وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالحراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب

فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصالح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض * وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صالة والصلوات تسقط بالموت قبل القبض كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما قيدنا بقولنا وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم تستطع بدوت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعدم ولايته عليهما ولو استدان بنفسه لم تبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت قال في الايضاح انها اذا عارت ديناً عليه ولكن معنى الصلة لم يطل عنه والصلوات تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله ولنا ان المهر عوض عن المالك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضاً عن البضع **قوله** وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها نفقة السنة ثم مات او مات قبل مضي المدة لم يرجع عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهم الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج ان كان قائماً وقيمته ان كان مستهلكاً وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسير فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله وان تزوج العبد حرة ظاهر قال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله فان بيع ثم اجتمع عليه

عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانياً وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى
 إلا النفقة وهذا لأن النفقة يتجدد وجودها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث
 ولا كذلك سائر الديون فالومات العبد سقطت انفعه ولا يؤخذ المولى بشيء لغوات محل
 الاستيفاء وكذلك إذا قتل وتوالت في الصحيح احتراز عن قول الكرخي رحمه الله إنها تكون
 في قيمته قال الشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله الصحيح أن تستقطبها أصلها والصلوات
 تبطل بالموت قبل القبض والقيمة إنما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين
 يستقطبه ولم يذكر المدبر والمكاتب إذا تزوجا بآذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب
 وإن تزوج الحرامه فبرأ عما ظهر وقوله فلان نفقة لها لعدم الاحتباس قبل عليه الاحتباس
 من المولى لحق له شرعاً فكان كاحتباس الحرية لأجل صداقتها فينبغي أن لا يسقط واجب
 بان الحرية إذا حبست نفسها الصداقتها بالتقويت إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من
 إيفاء ما لزمه فاما هنا بالتقويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوية غير لازمة جواب
 سؤال تقريرة لما بواها مرة يجب عليه أن يرضى على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير
 الجواب التبوية غير لازمة على ما مر في النكاح أي في باب نكاح الرقيق حيث قال
 إذا بواها ثم بداله أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم ينزل بالتبوية كما
 لم ينزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها ظاهره وام الولد
 في هذا أي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبه لأنها إذا تزوجت
 بآذن المولى فهي كالحرية فلا يحتاج إلى التبوية لاستحقاقها النفقة لأن منافعها على
 حكم ملكها لصبر وورثتها أخص بنفسها وبمنافعها العقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية
 الاستخدام فكانت كالحرية والله أعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى **قوله** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ايس فيها احد من اهلها الا ان تختار ذلك لان السكنى من كثايتها فتجب لها كالنفقة وتد اوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال **اسْكُونِي** من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم اذا وجب السكنى حقلها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويسعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح وقوله هو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيادة في كل شهر واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجة وطابت الزوجة النفقة فرض القاضي من ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار والديه وان لم يعترف به الرجل ولكن عام القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجة والوديعه فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقلها من غير رضا له حديث هند امرأة ابي سفيان واقرار صاحب البدن مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فان اقراره اشد قبولا من اقرار صاحب اليد في غير هذا الموضع لتعيين طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين من الزوجية والوديعه لا تقبل بينة المرأة فيه اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعه فالمرأة ليست بخصم في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت عليه الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغائب لكون ما اقر به ملكه وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا حضر صاحب الدين غريبا للغائب او مودعا له وهما معترفان بثبوت دين المدعي على الغائب فان القاضي لا يأمر بقضاء دينه من الوديعه والدين واجيب بان امر القاضي في حق الغائب

الغائب انما هو بالنظر له وفي الامر بالاتفاق على المرأة ذلك ايفاء ملكه وليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يأمر المودع بالاتفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولي وكذا اذا كان المال في يده مضاربة لانه امانة من وجه وكذلك اذا كان ديناً وقوله وهذا اي ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم او دنانير او طعاماً او كان ثياباً من جنس حقها في الكسوة واما اذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق العجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على الغائب بل بالطريق الاول واما عند ههنا فلانه ان كان يتقضى على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع فلا يتقضى على الغائب لعدم ذلك **قوله** ويأخذ منها كفيلاً نظراً للغائب من بيت المال اذا اعترف به وبالزوجة ينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلاً لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها فان انفق ذلك كان الزوج مخيراً في اخذ ايها شاء من المرأة والكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقتها في مال غائب الا لهؤلاء يعني زوجة الغائب واولاده الصغار والديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله لانه مجتهد فيه قبل لان الشافعي رحمه الله لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظرياً تي وقوله ولولم يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي بذلك وقوله ولولم يكن يعني الرجل مقرباً متصل بقوله يعترف به وبالزوجة وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في الصورتين اذا كان ثم وديعة ولكن ينكر الزوجية او اقامتها يفرض القاضي نفقة فيما اذا لم يخلف ما لا ولم يعلم القاضي

بالزوجة وكلامه واضح وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها ومن تلك
 الاقاويل ما ذكره من قوله اذا جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده
 فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول ولا تقبل بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها
 ومنها اذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطابت المرأة من القاضي ان يسمع بينها
 على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب الى شيء من ذلك
 لان هذا قضاء على الغائب وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله الآخر وهو قولهما وما قول
 ابي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر رحمه الله يجيبها الى ذلك وهو المذكور في الكتاب
 وان كان للغائب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقربا بالدين والوديعة والنكاح
 فالقاضي يأمر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا ونظر الغائب في البداءة
 بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين والله اعلم بالصواب *

فصل

لمنفعة من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما بعد المفارقة واذا طلق الرجل
 امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيما كان او بائنا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة
 للمبتوتة وهي التي طلقها الزوج ثلثا وطلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت
 حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء كما تقدم واما
 البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس الى آخره رواه مسلم وابوداود والترمذي
 والنسائي وابن ماجه رضي الله عنهم وقوله لا نعرفنا اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو
 قوله تعالى وَأَنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ والدليل على انه في المطلقات آخر الآية
 وهو قوله تعالى حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ والنفقة في غير المطلقات غير مغيية بوضع الحمل وقوله
 وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه بان الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة

النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة واجيب بان الفائدة رفع الاشتباه
وبيان ان الحائل تستحق النفقة ثلثة قروء فكان يشته بان الحامل ايضا تستحق ذلك
المقدار و زيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن
وقوله لاندع كتاب رينا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
ووجه ذلك ان الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع الى ما يملك به اما الاسكان
فلانه قد يملك اسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من
غير ملكه فكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله عنه وانفقوا عليهن من
وجدكم وقوله سنة نبينا يريد قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لمطلقة الثلث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن
زيد رضي الله عنهم هو زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث
رماها بكل شيء في يده وقالت عايشة رضي الله عنها لتلك المرأة فتنه العالم اي بروايتها
هذا الحديث وقوله ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله وكل فرقة جاءت
من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها انما لم يتعرض
للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان التفرار في البيت مستحق عليها فلا يستط
بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها
شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما تسقط نفقة المرتدة اذا اخرجت للحبس من بيت
العدة واما اذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة فان طلقها ثلثا
ثم ارتدت والعيان بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها
النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا كله
في الطلاق البائن والطلقات الثلاث واما المعتدة بالطلاق الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها
بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست اولم تحبس فلا نفقة لها لان الطلاق الرجعي

لا تقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب وجد منها وهي معصية فيوجب ذلك سقوط
النفقة بخلاف الطلاق البائن والله اعلم بالصواب *

فصل

لمافرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الاولاد الصغار على
الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر الرواية وقدروي عن ابي حنيفة رحمه الله
ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما لقوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ
ذَلِكَ ووجه الظاهر قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ قَبْلَ فِي وَجْهِ الاستدلال
ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بالطريق
الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهم عليه كان بسبب الولدان الحكم ترتب
على مشتق وترتبه على المشتق دليل على علة المشتق منه لذلك كفاي السارق والزاني
وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهم على الزوج هو الاحتباس فلا يجوز ان يكون غيره علة
لثلاث تنوارد علتان على معلول واحد والجواب ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر
في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد وكما تجب النفقة
على نفسه تجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي اليه
فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولاد فاذا تحقق يضاف الحكم اليه ويجوز
ان يقال استدلال بالآية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الطرف وثاس عليه نفي
المشاركة في نفقة الولدان كلا منهما لا يقبل الاشتراك فكذلك النفقة الثابتة لهما واذا
انقضى الاشتراك فاما ان يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين
الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة
الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم يجب عليه ان يستأجر من ترضعه

ترضعه اذا وجدت ولا نها فلا تدرك على الارضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقبل
قوله تعالى لا تضاروا الاءة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى
قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين قلت ان كان معناه الاخبار
عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محذولا
على التدب او الوجوب ان لم يوجد من ترضعه ولم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو
الذي اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على
الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او محمول على الوجوب عليها تدبنا حتى لا يجوز
استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عذته على ما ذكر في الكتاب واستدل به
فان قيل اذا كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والمهابة قلت ان قوله تعالى
فان ارضعن لكم فانهن اجورهن في المطلقات فوجب ابتاء اجورهن عند الارضاع
فلو كان قوله تعالى يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على المطلقات وفي ذاك ابطال عمل
احد الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية
واحدة والمبتوتة في رواية ان كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح
قوله ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر
او على العكس لما ان اسلم الصبي العاقل وارتياده صحيح كما تجب نفقة الزوجة على
الزوج وان خالفه في دينه اما الولد فلا طلاق ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن الآية ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفارة لا يؤثر في نفقة نفسه فكذا
في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة بازاء
الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود
والاحتباس مرتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة فان قيل سلمان السبب
موجود لكن لم لا يجوز ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب ان ما كان

سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد
وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها واقول لو استدل على نفقة الزوجة ايضا باطلاق
قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ الْآيَةُ كَانَ اسهل ثابتا لانه يدل على نفقتهم بعبارة وعلى نفقة
الولد بالدلالة كما تقدم فلم يحتج الى دفع ما يذهبهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعله
ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ الْوَلَادَةُ وقبله الاحتباس الحاصل
بالعقد فدفعه بما قد مناه وقوله في جميع ما ذكرنا من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفة
انما يجب على الاب ان الم يكن للصغير مال وتكثير مال يشير الى عدمه بوقوعه في سياق
النفي سواء كان من جنس النفقة او من غير جنسها اودورا او عتارا او ثيابا قال في الذخيرة اذا
كان للصغير عتار او ثياب واحتج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه
لان الاصل في نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض عليه بان
نفقة المرأة على زوجها وان كان لها مال فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة
عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية وقد تحقق في نفقة المرأة امر ضروري فتغير
وذلك ان نفقة المرأة في متابلة الاحتباس فمادام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة
تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغناء والله اعلم بالصواب *

فصل

لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الوالد ويجب على الابن ان ينفق على
ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينهم اما الابوان فلقوله تعالى
وَأَنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا
فيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة ياسعد بلغني انك صبيت
فوالله لا يظلني سقف بيت من الصبح ولا اريح ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر لمحمد صلى

صلى الله عليه وسلم وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولد هانبي سعد وصبرت هي
 ثلثة ايام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلثة ايام حتى غشي عليها فأتى سعد النبي
 صلى الله عليه وسلم وشكى ذلك اليه فنزلت هذه الآية وليس من المعروف ان يعيش
 الولد في نعم الله تعالى ويترك ما كان سبب له في تلك المعيشة بموت من الجوع وقد قيل
 فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعهما اذا اجاعا ويكسوهما اذا عريا
 وكلامه واضح وقوله لما تلونا راد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر
 المصنف رحمه الله ههنا ان الاب اذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على
 الانفاق عليه ام لا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله اذا كان الاب كسوبا والابن
 ايضا كسوبا يجبر الولد على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني
 رحمه الله لا يجبر على ذلك واعتبره بذى الرحم المحرم بناء على ان استحقاق النفقة
 للفقرو الحاجة وهي تندفع عند التدرة على الكسب وشمس الاية السرخسي رحمه الله
 يحتاج الى الفرق بين نفقة الوالد والوالدان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب
 لا يجب على الاب نفقته وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته
 ضرورة كانت كالنفقة والكسوة او غيرها كشهوة الفرج فان للوالد استحقاق استيلاء
 جارية الوالد وليس للولد استحقاق استيلاء جارية الوالد فلو شرط ههنا عجز الوالد عن
 الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لو نعت المساواة مع نيام
 دليل المفاضلة وقوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر وقوله لانا نهينا عن البر
 في حق من يقاتلنا قال الله تعالى انما ينهكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية
 واستشكل بقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه باطلاقة يوجب النفقة للوالدين
 وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقة يفضي الى التعارض المخفي الى
 الشرك الممتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب وقوله ولا تجب

على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند التملك وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه وبالمعقول واضح خلا قوله ودوام ملك اليدين اعلى في القطعية من حرمان النفقة فان حرمان النفقة قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة العتق صلة احياء حكدا ولا شك في ان الاحياء الخنثي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره بان يسأل الناس او أسرة احد من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوة والصدقات والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعناق فانها لا تدفع الا من جانبه واما كون الاحياء الخنثي اعلى من الحكمي فبعد تسليمه مردود بعدم تعيين تحققه الا من جانبه لما قلنا **قوله** ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما تاويل في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت وما لك لا ييك فكانا غنيين بماله والغني لا تجب نفقته على غيره فان قيل التاويل يثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ قلت الحديث مشهور فيجوز به الزيادة على الكتاب سلمنا انه من الآحاد لكن ترك اطلاق قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ لما ذكرنا من الدلائل الدالة على تنييد ما بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ الآية كما تقدم فان قلت لامنافة بين الآيتين لان قوله تعالى وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ يقتضي ان يشارك الجدا الابن كما ان قوله تعالى وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد

الولد بالا جماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن وقوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لاستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو ولي بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور والاثنا عشر بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة بين الذكر والانثى اثنا عشر على الذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما ويأني ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لا ييك وهذا المعنى يشمل الذكور والاثنا عشر فيكونان سواء ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وان انعدم التوارث وقوله وهو الصحيح احتراز من رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدأ وخبره محذوف اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زنا او اعشى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى اول الآية وهو قوله تعالى وعلى المولود له زكواتهن وكسوتهن فبدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته رضي الله عنه كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة وهي الصغر والانوثة والزمانة والعمي امانة الحاجة لتحقيق العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يعدا غنيين لقد رتتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف الابوين الى آخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله

وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه وقوله ويجب ذلك يعني النفقة على قدر الميراث ويجب عليه اي على الاتفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيهها على اعتبار القدر لان درتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته ولهذا الواوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زنا معسرا ولدا بن صغير معسرا وكبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على اخيه لاب وام وعلى اخيه لام اسداسا بحسب ميراثها واما نفقة الولد فعلى الاخ لاب وام خاصة لان ميراث الولد عند عدم الاب خاصة فانه عم لاب وام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنه كانت نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة واما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث ههنا الاخ لاب وام خاصة لان الاخ لاب وام يرث مع الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان يجعل البنات كالمعدومة ولكن يعتبر صفة الورثة مع بناتها بخلاف الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد ان يجعل كالمعدوم واذ جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب وام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذي لم يرث لا على غير ذى الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يأخذ الميراث لان النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك فيجب عليه ما سذكراه في الكتاب فان قيل هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب ان تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث اجيب بان نفقة ذى الرحم المحرم واجب تحقيقا للصلة وتحقيق صلة قرابة ابن

ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه **قوله** وبجب نفقة ابنته البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر **قوله** ووجه الفرق يعني بين نفقة الولد الصغير حيث وجبت بحملتها على الاب خاصة وبين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجبت ثلثها على الاب والثلث على الام كما في الارث انه اذا اجتمعت للاب في الصغير ولاية وموثة حتى وجبت عليه صدقة فطرة فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذلك في النفقة على الصغير واما الكبير فليس للاب عليه ولا لاية لبلوغه فكان كسائر المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما التلافاً فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلثة الاخماس من الميراث يكون للاخت لاب وام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الولد معتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث وهوان لا يكون محرماً وما في كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا حرازة ثم نشر بقوله فان المعسر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحوز الميراث لما قد منا ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا حرازة وقوله ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله لا بد من اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلاً لا محرراً ولهذا قلنا لا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا تجب على الفقير ظاهر وقوله بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهر اقل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته وبما يفضل على ذلك من كسبه الدائم اذا كان معتملاً من كسب يده وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدراً بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو اثنان درهم اذا كان فاضلاً عن حوائجه الاصلية وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلان لا يشترط ههنا وهي مؤنة

من كل وجه اولي ونقل من خلاصة الفتوى من الاجناس قال في نوادر ابي يوسف رحمه الله يشترط
 لصاحب الزكوة ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر والشهيد رحمه الله في الفتاوى الصغرى ان انتقص
 منه درهم لا يجب واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد
 ما تقدم من قوله ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء الى قوله ولهذا كان لهم ان يأخذوا
 وكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله واذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا ان تملك الام
 في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره القدوري رحمه الله من جواز البيع للابوين
 فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري رحمه الله تملك الام
 البيع كالا ب لان معنى الولاية بجهدهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون
 ما في الاقضية والقدوري مأولا بان الاب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما فاضاف البيع اليهما
 من حيث ان منفعة البيع يعود اليهما وهو الظاهر وقوله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب
 اعترض عليه بانه كذلك لكن الغرض انه يبيعه لمنفعته وانما يصح بيعه ان لو كان قصده البيع
 للحفظ واجب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الاتفاق لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا تأثير
 للعزيمة في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الائلاف بالاتفاق لا نقول الائلاف
 بعد وجوب النفقة وفي الحال لم تجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا
 كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي
 ملك المدفوع بالضمان فظهر انه كان متهما بما ل نفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا
 قضى القاضي يعني انها لا تسقط بدضي المدة لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق
 الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى وقوله الا ان القاضي
 بالاستدانة عليه استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي بالاستدانة
 عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجات وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار
 اذنه بالاستدانة عليه كما مر الغائب بها ولو امر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط

لا يسقط بمضي المدة فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر مائة فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرت ليس عليه ان يكسوها حتى تفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوها والله اعلم بالصواب *

فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره من الجميع وهو في مخيرة ظاهر ومذهب اصحابنا رحمه الله ان الانسان لا يجبر على الاتفاق على ملكه سوى الرقيق واما في الدواب فيفتى فيها بينه وبين الله تعالى بالاتفاق عليها وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الاتفاق مكروها وكلامه واضح وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الاتفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والنزوح اذا عجز عن الاتفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك في النفقة لا الى خلف لان نفقة المملوك لا تصير ديناً على المولى بحال من الاحوال واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المرأة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي ديناً على الزوج فكان تأخيراً وقوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الأزواج اذا قضى به القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع او لم يدر ومن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر وهو قول الشافعي رحمه الله وفاساه على الرقيق والاصح ما قلناه يعني من عدم الجبر

لان اجبار القاضى المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهذا يوجد فى الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقاً على المولى وعلى غيره فى الجملة الا يرى انه بالكتابة يستحق حقاً على المولى وان كان مملوكاً فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقاً فلا يصح ان يكون مقضياً له فانه عدم شرط القضاء فبعدم القضاء والله اعلم بالصواب *

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له فى انه اسقاط بني على السراية وال لزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار عتاق البعض كاعتاق الكل اما فسادا فى المالك او تحقيقاً للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد من كونه ماحتاً بالجمادات الى كونه اهل الكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية وتفسيره فى اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكرة وفى الشريعة قوة حكمية يصير المرأ بها اهلاً للشهادة والولاية والتضاء واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها دعوى الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عنه كما اذا اشترى الحرى فى دارنا عبداً مسلماً فدخل به فى دار الحرب فانه يعتق فى قول ابي حنيفة رحمه الله ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك وشرطه كونه المعتق حراً بالغاً فلا مالاً ملك اليه وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية وحكمه زوال الرق والملك عن المحل وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما يبدل او بغيره وكلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها **قوله** شرطه الحرية لان العتق يعنى الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى انه لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من

من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل
 للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق وقوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل
 شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسند الي حالة منافية للاعتاق
 كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر وقوله لانه ليس باهل لقول ملزم يعني لان
 الصبي يوجب العجز عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى ان صبيا
 لو اقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا تسمع دعواه اجيب بان
 الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وافراره مويد له ومؤكد وقوله واذا قال لبعده او امته انت
 حر قال في المبسوط الالفاظ التي يحصل به العتق نوعان صريح وكناية فالصريح لفظ العتق
 والحرية والمولى سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان
 يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر او انت عتيق واما المنادي
 فان يقول يا حر ويا عتيق وكذا لو قال لبعده هذا مولاي الى آخره وقوله وسنقرره من بعد
 اراد به قوله في مسئلة يا بني على ما سيجيء وقوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له
 يا حر وقوله وكذا عكسه يعني بان ناداه بقوله يا حر و كان لقبه (آزاد) وقوله فيعتبر اخبارا عن الوصف
 قبل فيه نظر لانه اذا لم يكن حر علماله كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف
 واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادي في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية
 والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادي موصوف
 بهذه الصفة وقوله وسيا تيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تجزى الاعتاق على
 ما ذكره وقوله وقد بيناه يعني في الطلاق وقوله وكذا قوله لانه قد اطلقتك يعني
 ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة قوله خليت سبيلك لمناسبة الارسال تخلية السبيل
 بخلاف قوله طلقك فانها لا تعنى لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به
 العتق على ما سياتي بيانه وقوله لان السلطان عبارة عن الديقال لفلان سلطنة ويراد بها

القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد فكأنه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية من الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق فان قبل زوال اليد امان يكون ملزوما لزوال الملك او لازماله فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا يلزم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى ان يسلم قوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق **قوله** ولو قال هذا ابني ومن قال لعبده الذي يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك يثبت النسب فيعتق عايه ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق وقيل هو شرط اتفاني **قوله** لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا لللفظ في مجازة عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان وجوه المجاز ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكره المصنف رحمه الله من معنى المولى هو المشهور فاقصر عليه وهو مستعمل في ثلثة وعشرين معنى ذكره ابن الاثير اما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذَلِكْ يَآ اِلَهَ مَوْلٰى الَّذِيْنَ اٰمَنُوْا وَاِنَّ الْكَافِرِيْنَ لَمَوْلٰى لَهُمْ وَاَمَّا بِمَعْنٰى اِبْنِ الْعَمِّ فَمَا فِيْ قَوْلِهِ تَعَالٰى وَاِنِّىْ خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَّرَآئِىْ وَقَوْلُهُ وَالثَّالِثُ

والثالث نوع مجاز بمعنى المولات في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب
ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث
المكان فبتعين القرب من حيث الدين ولهذا جاز فيه كذا في بعض الشروح ومصحح الفرض
والتقدير وقوله فالتحق باصریح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبدا وقوله واما
الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله بخلاف ما ذكره يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه
ليس فيه ما يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يا مولاي يا من لي عليه ولاء العتاقة حيث
تعين الاسفل مراد اثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة
العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فان معناه يا من له السيادة والملك علي ولم يثبت
به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف وقوله ولو قال يا بني
او يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حربي وقوع العتق به دونهما لان النداء اذا كان
بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادي استحضار له
بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرفانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال
على ما بينا يعني في قوله لانه نداء بما هو صريح وهو استحضار المنادي الى آخره واذا كان
بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره
والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا
النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
انه يعتق فيهما اي في قوله يا بني يا اخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلاثة الفاظ
في ظاهر الرواية يا حربي يعتق يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلاثة المذكورة وقوله
يا بني ويا اخي والاعتماد على ظاهر الرواية وقوله ولو قال يا ابن ظاهر **قوله** وان قال لعلام لا يولد
مثلثه لانه اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا النبي عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقال

لا يعتق وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا وهو قول الشافعي رحمه الله واصل هذه المسئلة ان المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف في الاصول وقد قررناه في التقرير فقالا الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لا مكان ان يكون العلوق منه واشتهر نسبة من غيره فصار كما لو قال اعتنتك قبل ان تخلق اراخلق وقال ابو حنيفة رحمه الله تصور حكم الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال لحررة اشتريتك بكذا كان نكاحا صحيحا والحررة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم وتوله وهذا ابني كلام صحيح في محله من مبدءاً وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لان البتة اذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر المملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصاركاً انه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتنتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين ملكته لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي ورود البتة والشيء لا يكون ملزوما لما ينافيه واللازم انكسار المملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر المملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز وان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالمملزوم مثله وتقرير جوابه ان التمتع خطأ ليس بسبب مال مطابق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التنبيه كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع فما هو مسبب لا يمكن اثباته وما يمكن اثباته ليس بمسبب وحاصله ان هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فتلغوا ما الحقيقة

اما الحقيقة فظاهر واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم للارش الذي هو ملزوم القطع
 واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله اما الحرية لا تختلف معناه
 الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا تختلف ذاتا
 وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحه للقضاء والشهادة والولايات كلها فامكن جعله اي
 جعل قوله هذا ابني مجازا عنه اي من الحرية على تاويل العتق او المذكور ولو قال هذا
 ابني او امي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني
 الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف
 والوجه ما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة
 او حرية الابواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب
 وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان يقول هذا جدي ابو ابني متق
 وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك بلا واسطة
 ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابني حنيفة رحمه الله انه
 يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق ما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في
 المماوك سبب الحرية الى آخره فذلك ههنا الاخوة في الملك يوجب العتق واما وجه
 رواية عدم العتق فقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الابواسطة
 وكذلك ههنا الاخوة لا يكون الابواسطة الاب او الام لانها عبارة عن المجاورة في صلب
 او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط
 ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي فاما اذا
 ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي او امي فيعتق من غير تردد لما ان مطلق الاخوة مشتركة
 قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد
 في القبيلة قال الله تعالى والى عاد خا هم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب والمشترك

لا يكون حجة فإن قيل البتة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف ثبت العتق بالطلاق
قوله هذا ابني أجيب بان البتة من الرضاع مجازو المجاز لا يعارض الحقيقة وقول
لعبد هذا ابني هو على الخلاف وقيل هو أي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه
ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن
المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى
ههنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال
لامته انت طالق او بائن ظاهر الى قوله وعمل اللغطين وهو جواب عما يقال الاعتاق
اثبات القوة ولهذا ثبت به الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فابن يشبه الطلاق
الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما
واما الاحكام فليست بواردة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا كلفا غير ان الاعتاق
ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل لفظه يصلح
لفظ العتق والتحريكناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشئ
لا يناسب شيئا الا والشئ الآخر يناسبه وانما قال على ما قاله مشائخهم رحمهم الله لان
المنصوص عن الشافعي رحمه الله لفظ الطلاق فحسب واصحابه فاسوا عليها سائر الفاظ
الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان
الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوي وطار عن وكرة وفي الشرع
ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاتاق يحیی فيقدر قوة والطلاق في اللغة
رفع القيد مأخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا احلته وهو عبارة عن رفع المانع
عن الاطلاق لا اثبات قوة الا نطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة لم تنزل مالكة فانها
قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين اثبات القوة
الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء

ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارة للاعلى على ما ذكره ولا ن
 ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف
 الجوازي الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين
 اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما
 هو دون حقيقة لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز اذا يكون فيما اذا وجدت وضعها
 مشتركا بين ما زومين مختلفين في الحقيقة هو في احد هذا اقوى منه في الآخر وانت تريد
 الحق الاضعف بالا اقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي ان ما زوم الاضعف من جنس
 ما زوم الا اقوى وتطلق عليه اسم الا اقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد
 ان تلحق جرأته وقوته بجراءة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه
 وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس وانما ظهر
 هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق
 دون عكسه والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب ان في الاولى منع المناسبة
 واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فاني يتناسبان وفي الثانية تسليم ان
 كلاهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو بنا في الاستعارة وقوله وان اقال لعبده انت مثل الحر
 اطلاقه يشير الى انه نوى العتق اولم ينولم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليقه
 اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك
 في الحرية ولا شك انه اذا نوى الحرية زال الشك وقوله عرفا يجوز ان يراد به العرف
 العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمر ومثلا
 اذا كان عمر ومشهورا بصفة كعلم وخط اوجود او غيرها ويجوز ان يراد به العرف
 الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه مع الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال ما انت الا حر
 الى آخره ظاهروا لله اعلم بالصواب *

فصل

لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارتقبيه وخروج عبد الحربي اليها مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سديت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما وعنه ذوالرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وعابشة رضي الله عنها وقال صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ لعمومه يتناول كل قرابة مؤبدة بالمحرمة ولاد او غيره فان قيل الضمير في منه يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن وامثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه جزاء لتولده من ملك يابى عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان تملكه يدل على حرية اذ المملوك لا يملك شيئا فقله فهو حر لوعاد اليه كان تكرر ا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتره فيعتقه عطف بالغاء النون للتعقيب فلا يعتق مالم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الطواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحملة ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يتال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاورجه وامثاله وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره في غير الولاد استدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس اولا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس وكل ما هو لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق به من كل وجه وهما ليس كذلك لان قرابة

قربة الاخوة وما يضا نازلة عن قربة الولاد ولهذا امتنع الكاتب على الكاتب في غير
الولاد ولا يمتنع فيه * وله امارينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه
عتق عليه ولانه ملك قربه قربة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما
انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد
لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها
اي القربة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة
وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما ثبت ذلك
من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاسندل به
ولمshaftننا رحمه الله ههنا نكتة وهو تولهم هذه قربة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل
النكاح فلان تصان عن اعليهما اولى فان ادعى ان ذل النكاح اعلى فتلك مكابرة
تستدعي تنصيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعاً واجماعاً على ان الرضاع يدفع
ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى
لا محالة ولا فرق بين ان يكون المالك مسلماً او كافراً وكذلك المملوك لعدم العلة
وهي القربة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القربة ان اوجبت العتق اوجبت باعتبار
الصلة على ما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله هي التي يفترض وصلها وقربة الاخوة
لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا يجب الاعتاق ايضا اجيب
بان علة النفقة ليست القربة المجردة في الاخوة بل بصفة الورثة بقوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث فكذا ما بني عليه واما قال او كافراً
في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذارحم محرم منه لم يعتق عليه فانه
لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل عدم نفاذ العتق بالعتاق
لا يستلزم عدم العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واما اذا ملك

ذارحم محرم منه عتق فالجواب ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق
 ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم
 بالالتزام ايضا بالاستقراء الا اننا تركنا هذا الاصل في حق الصبي والمجنون بالمانع
 وهوان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وهما ليسا من اهله لما عرف في موضعه
 وكذا اذا عتق المسلم عبدا حريبا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية وبهذا
 يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق
 بين ما اذا كان المالك مسلما وكافرا لا ينحصر تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب اذا
 اشتراه اخاه جواب عن قوله ولهذا امتنع المكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره
 لانسلم انه لا يكاتب عليه بل ندروي من ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب على الاخ
 ايضا ولئن سلمناه فانما لا يتكاتب عليه لان المكاتب ليس له ملك تام بقدره على الاعتاق
 لانه عبد ما بقي عليه درهم وانما الحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له
 على الاعتاق فلا يعتق عليه لان فرض المسئلة عند القدرة فان قيل لو كان كذلك
 لما يعتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة
 لان عتق نفسه لما كان مقصودا بالكتابة لانه لا يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد فاذا كان
 من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما حرية الاخ فليست من
 مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برفق ولحقه برق ابنه واياه وقوله وهذا بخلاف
 ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذى الرحم المحرم علة
 لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي اخت من الرضاة على ابن عمها اذا
 اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية اثرت فيها القرابة وهذه
 ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لانه كان
 معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن

لم تكن كذلك والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما
 بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق عليهما لان العلة وهي تملك ذى الرحم المحرم
 قد وجد وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة **قوله** ومن اعتق عبدا الوجه الله تعالى ومن
 قال لعبده انت حر لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من الله
 مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه ووصف القرابة وهو كونه لوجه
 الله تعالى في الوجه الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين يعني الشيطان
 والصنم وقوله وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اعصاف العتق الى ملك مثل
 ان يقول لعبد الغيران اشتريتك فانت حر صرح كما في الطلاق وان علق بشرط كتوله
 ان دخلت الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد
 تقدم بيانه واء التعليق بالشرط فلان الاعتاق اسقاط والاستقاط يجري فيه التعليق
 بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله بوجه آخر
 وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار
 فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا
 خرج عبد الحربي اليما مسلمدا عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد طائف حين خرجوا
 اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس رضي الله عنه ان عبيدين من الطائف خرجا
 فاسلما فاعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على
 المسلم ابتداء وفيد بالا ابتداء لجوازه عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكيمة دون
 الجزائية فيجوز بقاءه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها وقوله وان اعتق حاملا ظاهرا
 وقوله اعتق هود ونها واعترض عليه بانه لو لم يعنق امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة
 واجيب بانه لما اعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الامة بعد ذلك صارت
 بمنزلة ابتداء هبة الامة واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط الفاسد على ما سيجي وقوله واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق على ان يبلغ الحمل الى حد يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعتل العقد واجيب بان ذلك في صريح الشرط واما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على فكان ذكر المال ههنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغير على مال وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف ولا بد فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول والتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل ليس منه والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون الحمل اهلا للخطاب وقبول الشرط واندم على العتق كان ناصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حواله غير راجحة ويحتمل ان يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير فانه في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق لما ذكرنا في الخلع ان الاجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن بوجود الحمل في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارض له فيه اي في الولدان ماء الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك

مملوك له فيكون المأان له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحتت المعارضة
 وولدها من زوجها مملوك لسيدها التعارض المائين وترجع جانب الام بامور منها الحضانة
 وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحاً لما هو قبلها
 ومنها استهلاك مائه بما فيها لكون ماؤها في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقاً من مائها
 بخلاف ماء الزوج فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبها حكماً فقط والاول
 ارجح لا محالة ومنها ان الولد مادام جنيناً فهو بمنزلة عضو من اعضائها كيدها ورجلها
 الى ان يفصل شرعاً وحسباً اما حسباً فانه يتنفس بنفسها وينتقل بانقلها حتى يقرض
 بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعاً فلانه يعتق بعنتها وفيه نظر لان الكلام في اثنائه
 فلا يستدل به عليه وقوله والمنافاة متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقديره
 التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه لو اعتبر جانب الام كان مملوكاً لسيدها ولو اعتبر
 جانب الاب لا يكون مملوكاً لسيدها فيثبت المنافاة بخلاف الولد من المولى فانه للمولى
 اي جانب اعتبر وقوله والزوج قدر صمي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب الامة حتى
 يكون الولد مملوكاً لمولاهانصر الاب والضرر مدفع شرعاً وتقديره الزوج قدر صمي برق الولد حيث
 اقدم على تزويج الامة عالماً بان الولد يرق به وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقاً بتزوج
 الامة انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور
 ظاهر وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها ارجح على ما ذكرنا في تبعها في وصف الحرية
 كما يتبعها في المملوكية والمرقوية وانما اورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال
 والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكانب على عكسه
 فعلى هذا يكون قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتفسير لذلك والله اعلم بالصواب *

باب العبد الذي يعتق بعضه

أخر اعتاق البعض من امتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم وإذا
اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما
لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله يعني إذا كان المعتق واحدا أو موسرا إن كان
العبد مشتركا وما إذا كان معسرا فملك الساكت باق كما كان حتى جازله إن يبيع
ويهب على ما سيجي وكل ما لا يتجزى فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا
يعتق كله قال صاحب الميزان المعني من قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو أن ذات القول
يتجزى أو حكمه يتجزى لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الاعتاق
يتجزى فيصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع إلى أن اعتاق النصف
هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن
زال الملك بقدره وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل لهم أن الاعتاق إثبات
العتق الذي هو قوة حكمية وإثباتها بآلة ضدها الذي هو الرق لأن المحل لا يخلو عن
أحدهما فإزالته أحدهما يوجب إثبات الآخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق فكذلك الاعتاق
والإلزام تخلف المعلول عن العلة أو تجزى العتق لأنه إذا تجزى فاما أن يثبت باعتاق البعض
عتق كل الرقبة أولا يثبت شيء أو يثبت بعضه وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول
عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزى العتق فصا الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص
والاستيلاء في عدم التجزى فإن قلت قد تقدم أن الاعتاق عند الشافعي رحمه الله استأط
كالطلاق فكيف جعله هنا إثباتا للعتق قلت يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب
غلب جهتهما على جهته فقال لهم أن الاعتاق إلى أخيه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن

ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو ابي
 العتاق ازالة الملك لا اثبات العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم
 عدم التجزى لان الملك حقه ابي حق المعتق والرق حق الشرع لان الكافر لما استكفى
 ان يكون عبد الله جازاه الله تعالى فصيره عبد عبده او حق العامة لان الغانمين
 كما كانوا يغتمون غير الرقيق يغتمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
 المتصرف وهو ازالة حقه لاحق غيره وهذا كما ترى بناء لكلامه على احد الامرين
 كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك والملك
 متجزى فالاعتاق كذلك وانما قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان
 الاعتاق تصرف وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى
 وولاية المتصرف انما يكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته انما يكون على الملك واما
 ان الملك متجزى فذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجزى وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم
 تجزئته ولا تجزئة علته كجواز الصلوة فانه امر غير متجزى تعلق بمتجزى وهو الاركان وكذلك
 الطهارة امر غير متجزى تعلق بمتجزى وهو غسل الاعضاء المفروضة ولا يستلزم تجزئتها ولا ملتها
 وهي ارادة الصلوة هذا تقرير احد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك
 متجزى فالاعتاق ازالة متجزى وازالة المتجزى متجزى بيان ذلك ما ذكرناه وهذا سهل
 ما خذ انهم اذا تجزى الاعتاق بزوال بعض الملك احتبس ماله نصف العبد عنده فيجب
 عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده ابي عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاضافة
 ابي اضافة الاعتاق الى البعض يوجب ثبوت المالكية للعبد في الكل باعتبار العتق لانه
 لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق لانه لا يتجزى
 فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل
 والعمل بالدليلين ممكن بانزاله مكاتباً فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً لان المكاتب مالك يداً

مملوك رقبة كالمستسعي ويجوز ان يكون معناه اذ هو اي معتق البعض مالك يد الاجل السعاية
 مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق الى البعض يوجب نبوت
 مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة رحمه الله
 فقلنا انه حريدا ومملوك رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعي كالمكاتب
 كانت السعاية كبذل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق
 فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقبة اذ اعجز اجاب بقوله غير انه اذا اعجز لا ير رقبة
 لانه اسقاط الى احد والاسقاط لا الى احد ليس فيه معنى المعاوضة لانها انما يتحقق
 بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها اسقاط
 من المولى الى المكاتب واقرار على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال
 ويفسخ وفي بعض النسخ لانه اسقاط الى اجل يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان
 الاسقاط فيها الى اجل وهو وقت اداء البدل وقوله وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة
 جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص وجهه ان لم تثبت العتق في الكل
 لا مكان العمل بالدليلين لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة فيصار
 اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك فانبته في الكل ترجيحاً للمحرم واما الاستيلاء فهو
 متجز عند حنى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لومات المستولد عتق من
 جميع ماله فان قيل لو كان الاستيلاء متجزيا لا طرد في القنة ايضا اجاب بانه انما
 لم يتجز في القنة لان المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاء
 وصار كانه استولد جارية نفسه لان الاستيلاء عنده غير متجز **قوله** واذا كان العبد
 بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوش مناقشة لفظية وهي
 ان ابا حنيفة رحمه الله لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق واجيب
 بان المراد به يثبت استحقاق العتق او زوال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد

العبد وقواه فالولاء بينهما يشير الى ان الاختلاف في صفة السبب بان يكون
اعتاق احدهما بمال واعتاق الآخر بدونه لا ينافي في ثبوت الولاء بينهما جميعا وقوله
لهما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر والقياس فيه احد
الامرئين اما وجوب الضمان على المعتق موسرا كان او معسرا لان باعتاق نصيبه مفسد
على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد
لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لانه منصرف في نصيب
نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا فلا يلزمه الضمان وان تعدى ضرر تصرفه
الى ملك الغير كمن سقى ارضه فثرت ارض جارة او احرق الحصاد في ارضه فاحترق
شي من ملك جارة ولكنهما ترك القياس بالحديث المروي رواة نافع عن ابن عمر
رضي الله عنهما ومثله روى عروة عن عائشة رضي الله عنها ووجه الاستدلال به انه قسم
والقسمة تنا في الشراكة ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
لما قلنا يريد به قوله ولما احتبس ماله نصيبه وقوله الا ان العبد فقير فيستعيبه قيل عليه اذا سعى
فالقياص ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن
بما سعى واجيب بان عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للسكوت فكذلك تمنعه للعبد والعبد
انما سعى في بدل رقبته وما لبيته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعائه
ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة
الغير من غير التزام من جهته ثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن فان قيل ما ذكر
من وجه ابي حنيفة رحمه الله فانما هو قياص في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي
صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستعفاء بفقير
المعتق وهو لا ينافي الاستعفاء عند عدمه لان المعلق بالشرط يقضى الوجود عند الوجود

ولا يقتضى العدم عند العدم فجازان تثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا
 وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة رحمه الله وقوله ثم المعتبر يسار التيسير
 وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا
 هو ظاهر الرواية ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخدام وثياب البدن والحسن قدر روى
 استثناءه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق وكذلك حال المعتق في يساره
 واعساره فان قال المعتق اعتقت وانما معسر وقال الساكت بخلافه نظرا اليه يوم ظهر العتق
 كما في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفى
 ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو
 اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا ليسار المعهود وقوله لان به اي يسار اليسر يعتدل
 النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت ويتحقق ما قصده المعتق من القربة وايصال
 بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصدا المعتق بالاعتاق القربة وتماثل ذلك بعق ما بقي
 وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن
 من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه فلا معنى للعدول الى غيره وقوله ثم التخريج
 على قولهما ظاهر يعني اذا علم ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي اصلين بقي الكلام
 في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا
 للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان فانتهى السعاية
 ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للاصل الثاني
 فلورجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته للاصل الاول واما التخريج
 على قوله فخيار الاعتاق للشريك بناء على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا
 كان ملكه في الباقي قائما فجاز اعتاقه واما التضمن فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه
 حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة

والكتابة وتنازل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين اما على الاصل
 الثاني فظاهر واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا من الضمان
 فلا يكون موجبا له والجواب ان المحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لا من حيث
 كل واحد منهما والضمان من مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا
 نقول التجزي ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجب من حيثة اخرى وهو
 افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة **قوله** والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين
 وقوله لما بينا اشارة الى قوله وله انه احتبست مالمية نصيبه عند العبد وهو مبني على الاصل
 الثاني ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان
 له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدير
 اذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على التاتل ولانه
 ملكه باداء الضمان ضمنا نصا وكان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي
 ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب فكيف
 قبل ذلك وتبرير ان ذلك ضمنى والضمنيات لا تعتبر وقوله والولاء للمعتق في هذا الوجه
 يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالمية نصيبه وقوله
 ولا يرجع المستسعي على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا لسؤال وقوله وقول الشافعي
 رحمه الله في الموسريان موضع خلاف الشافعي رحمه الله فانه ذكره في اول الباب
 مطلقا فاحتاج الى ان يبينه ههنا وقوله ولا راض به اي بالاعتاق لان الرضاء انما يتحقق
 بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا وقوله فنعين
 ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق مارق وقلنا الى الاستسعاء سبيل لان الاستسعاء لا يقتقر
 في وجوده الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يكتفي
 على احتباس المالمية وهو موجود كما تقدم غير مرة واذا كان الى الاستسعاء سبيل فلا يصار

الى الجذع بين القوة الموجهة للمالكية الحاصلة من اعتاق البعض والضعف السالب لها لصحة البيع وامثاله في شخص واحد **قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه واضح الامانة عليه وقوله بالعتق اي بالا عتاق وقوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله يصدق يعني كل واحد منهما في حق نفسه وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما يتقنا بحق الاستسعاء على التدين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق شريكي يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزى الاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذاك جائزا ايضا وقوله لان حظه في الحالين اي لان حق المولى في حال اليسار والاعسار في احداشيين اي النضمين او الاستسعاء وقوله وقد تعذر التضمن لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر النضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف فاذا نكل وجب الضمان واجيب بانه لما كان من اعتماد كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فيتعين السعاية فلان اداة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لان مآله اليه وقوله على ما بيناه يريد به قوله لانا يتقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا كذا في النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لكن عند ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين اذ كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد فحالهما في استحقاق النصف الباني على السواء وعند ابي يوسف رحمه الله ان كانا معسرين فكذلك وان

وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية
ويدعى الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا
والآخر معسرا سعى في ربح قيمته للموسر منهما لان المعسر يدعى الضمان على شريكه
ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له في
حصته وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا
موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في نصف
قيمته للموسر منهما لان المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعى الضمان عنده ايضا
يمنع وجوب السعاية ووجه قول محمد رحمه الله فيها ان كانا معسرين ان المقضي عليه بسقوط
حقه في السعاية وهو الحائث منهما مجهول والمجهول لا يجزئ القضاء عليه فصار كما اذا
قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقتضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا
بسقوط نصف السعاية لان احدهما حائث يتيقن ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقتضي
بوجوب الكل وقوله والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع جواب عن قوله المقضي عليه
مجهول فان قيل في التوزيع فساد وهو استثناء السعاية عن غير المعتق واجابه للمعتق
اجيب بان ذلك محتمل ضرورة دفع الضرر عن العبد وذلك لا نالو لم نقل بالتوزيع
وفلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد رحمه الله كان فيه ابطال حق العبد من كل وجه
واما اذا قلنا بالتوزيع فتد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولي
وقوله وينبغي اني التفرع فيه تدامضيها في اثناء الكلام وقوله ولو قلنا على عبيد ظاهرو وكذا
قوله واذا اشترى الرجلان الامان ذكره وقوله ولا ضمان عليه اي على الاب وقوله وكذا
اذا ورثه يعني بالاتفاق وصورة امرأة اشترى ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج كان النصف
للزوج ويعتق عليه او امرأة لها زوج واب ولها غلام وهو اب وزوجها فماتت المرأة صار غلامها
ميراثا بين زوجها وابيها وقوله وقال في الشرى اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث

وقوله قد حلف بعنته ان اشترى نصفه انما قيد بالنصف لانه اذا حلف بعنته ثم اشتراه بشركة
 الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شراء كل العبد ولم يوجد وجه قولهما على ما ذكره في الكتاب
 ظاهر وجه قوله ما ذكره فيه وتقريره الشريك الآخر رضي بافساد نصيبه ومن رضي بذلك
 لا يضمن المفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اي الدليل على
 رضاه بافساد نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق
 حتى يخرج به عن الكفارة عندنا والمشاركة في علة العتق رضي بالعتق لا محالة والمراد
 بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق والحكم بضاف الى علة
 العلة اذ الم يصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة
 علمه بغير اختيار بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله
 وهذا ضمان افساد يجوز ان يكون جوابا عما ينال انما كان الرضى مسقطا للضمان ان لو كان
 ضمان افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين التجارية
 باذنه فانه لا يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذا الاستيلاء موضوع لطلب الولد لا للعتق
 فلا يمكن ان يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك وجه
 الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء وانما
 قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي يوسف رحمه الله ان هذا ضمان تملك فلا يختلف
 باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان وقوله ولا يختلف الجواب بين العلم اي بالقرابة وعدمه
 في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الحكم يدار على السبب اي العلة كما اذا
 قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك الامر ولا يعلم الامر بملكه والسبب قد وجد بما مر
 وروي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا
 لم يكن عالما بها في حكم الضمان لان الرضاء لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله وان
 بدأ لاجنبي ظاهر ما تقدم وكذلك قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر وانما قيد بقوله

بقوله مدني يملك كذا لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين منه يضمن المساكنة بالاجماع
وتوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه ابطال وله انه رضي **قوله** واذا كان
العبد بين ثلثة نفر اذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو
موسر فارادوا الضمان اي اراد الا ان يريد الضمان انها هو الساكنة والمدبر دون المعتق
فكان المراد بالجمع التثنية او اطلاق الجمع بطريق التغليب فللساكنة ان يضمن المدبر ولا يضمن
المعتق والمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وبيان ذلك
ان قيمة العبد اذا كانت سبعة وعشرين دينارا مثلافان الساكنة يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن
المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمة الثمن لما يذكره في التديبير نلت منه تسعة فكان الاثلاث
بالاعتاق وانما على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة الثمن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة
فيضمن المدبر المعتق تلك الستة فقط ولا يضمن التسعة التي هي نصيب الساكنة مع تلك الستة
التي يضمن ايها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته اشريكه
موسرا كان او معسرا **قوله** واصل هذا ظاهر وقوله على عامر اشارة الى قوله لان المعتق جان
عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الى آخره وقوله غير ان له ان يضمن المدبر
بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقرير ذلك
ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتق ضمان جنائية واتلاف والاصل في الضمان
هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غير الا عند العجز واما ان ضمان المدبر ضمان معاوضة
فلانه يضمن ما تلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا لذلك فان عقد سبب
الضمان موجبا لملك المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما تلفه وما تلفه كان
بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك
خالص ضمان الجنائية واما ان الاصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب
ضمان معاوضة على اصلنا وما يدل على ان ضمان المدبر ضمان معاوضة ان من غصب

مدبرا فاكتمل الكسب عند الغاصب كسبائهم ابق فلم يرجع من اباقة حتى مات كان ذاك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في آخر باب النهي من اصول الفقه اشدس الائمة السرخسي رحمه الله وانما يكون الكسب للغاصب اذا كان المدبر مالكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما ائلفه تديره قابل للنقل ضمان معاوضة كان الاولى وقوله لانه عند ذاك مكاتب او حر على اختلاف الاصليين قال الامام جلال الدين ابن المصنف رحمه الله هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضاء المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس بمكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفسخ وانما الصحيح ان يقال لانه عند ذاك مدبر اقول للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب كما ان من فيه حق البيان كذلك على ما سيجي في هذا الكتاب في مسئلة الثابت والخارج والداخل ان للسولى حق بيان الانحاب الاول في كل واحد من الثابت والخارج فمادام له حق البيان كان كل منهما حراما من وجه عبدا من وجه فكان الثابت كالمكاتب فكذا ههنا مادام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب وامان الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كنارة الظهار انها تنفسخ مقتضى الاعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمة القرن لان قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها وقد زال احدها وهو البيع وبقي الآخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هومدة عمره من حيث الحرز والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطى والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيل الفتوى على الاولى وقوله ولا يضمنه قيمة مالكة بالضمان يعني ان المدبر لما دى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته فمالك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا

مدبر الان نصيبه بعد التدبير كان مستنعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن
وليس له ان يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك عن الساكت باداء الضمان لوجهين
احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق
التضمنين والثاني انه لما انتقل نصيب الساكت الى المدبر قام المدبر مقام الساكت
في ذلك الثلث والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه وبالأوجه الثاني
يندفع ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن
للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه
دون وجه ووجه ذلك ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت تضمين
المعتق لما ذكرنا من تعيين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل
فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت باداء الضمان وكان للساكت
ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا تلك الولاية وقوله والولاء بين المعتق والمدبر اي بين
عصبة المدبر اثلاثا ثلثا للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا
المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا والولاء ايضا
لانه انى الى المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق الى المدبر ضمان اتلاف
لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق
شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا
الى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فيثبت له ثلث الولاء
وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله
لانه ضمان تملك اي ضمان التدبير ضمان تملك لانه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف
باليسار والاعسار كضمان الاستيلاء بخلاف الاعتاق لانه ضمان جنابة وهو يختلف
باليسار والاعسار واقتصر بان قولكم ضمان الجنابة يختلف باليسار والاعسار اردتم به

مطابق ضمان الجنابة او الجنابة بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلاً او اتلف ملكاً من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسراً كان او عسراً والثاني تحكم واجب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لشبوهه بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنياً ضمن وان كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين واذا كانت الجارته بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوماً اي ترفع عنها الخدمة يوماً وتخدم للمكرب يوماً عند ابي حنيفة رحمه الله وقالان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقرب بالاستسعاء لهما انه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صحه فاذا اضافته الى من يملك ولم يصدق ذلك انقلب اقراره عليه واذا انتلب اقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كأنه اعتمنه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمكرو لان المقر صار باقراره كاملاً مستولداً لها ولا يمكن للمكرب تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد فكان نصيب المكرب على ملكه في الحكم محتبساً عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كاملاً ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصرارها على الكفر ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة وهي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب فسمه حقيقة لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه راجعان الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقرا ما ان يكون صادفاً في اقراره او كاذباً فان كان الاول كانت الخدمة كلها للمكرو وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان

الضمان ففي كلامه اف ونشر على ما ترى وقوله والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب جواب عن قولها كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد تضمن
اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد حتى ان الرجل اذا
اقر بنسب صغير لرجل وكذبه المثلثة ثم اقر المثلثة بنسب ذاك الصغير لنفسه لم يصح لان النسب
لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت
جارية بين رجلين ولد افاد دية فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
رحمه الله ولا يضمن نصف قيمتها لان ماليتها ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى
هذا الاصل تبني عدة مسائل ذكرها المصنف رحمه الله في كناية المنتهي منها انها اذا مات
احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعي ومنها انها اذا ولدت غارعا احدهما
ثبت نسبه منه لاشي عايه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف
قيمه لشريكه ان كان موسرا ويسعى الولد في نصف قيمته ان كان معسرا ومنها اذا غصب
ام ولد فملكته عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها
وطئا واجارة واستخدا ما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطئ لا يكون
الا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها
السعاية ولو لا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم
التنويم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يستطع تقومها كما في المدبر وقوله غير ان قيمتها بيان لمقدار
القيمة وهو واضح ولا يبي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالا حراز للتمول ولا احراز للتمول في
ام الولد لانها محروزة بالنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله
والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا خصها واستولدها ظهر ان احرازه للاستمتاع
بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا الاتسعي لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله
والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصود السعت لغريم او وارث لتعلق حق الغرماء به

بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب
 لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس
 بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر
 وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد
 على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط المالك والتقوم جميعا الا انه
 لم يظهر عمله في حق زوال المالك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك
 ولا ضرورة في عدم اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد
 الموت لان قوله ان مت فانت حرة تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل
 وجودة على ما عرف وقوله وامتاع البيع فيه جواب عن قولها وما امتاع بيعها لا يستطع قومها
 وتقوية كان القياس ان لا يمتنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقينا بقصوده اذ لو جاز البيع
 لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله وفي ام ولد النصراني جواب عن ما ناسى
 عليه وقوله قضينا بكتابتها عايد ليس المراد به حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه
 باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هذا فعلا للضرر عن الجانبين اما في حق
 ام الولد فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة واما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه
 مجانا فلما كانت هي بمعنى المكاتبة كان ما ادته في معنى بدل الكتابة وبدل الكتابة لا يفتقر
 وجوبه الى تقوم ما يقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا
 ان مكاتبها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فاطرد ما قلنا والله اعلم بالصواب *

باب عتق احد العبدین

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدین عتق احد العبدین وقدم الاول لان الواحد
 قبل الاثنين ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر

آخر فقال احدكما حر ولنسم كلا منهما باسم الفعل الذي اتصف به في كونه خارجا و داخلا
ونابئنا يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لانه هو المجمل فيرجع في البيان اليه ويعتق الذي
عنده فان بين الكلام الاول في الخارج عتق الخارج ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق
عليه من عنده وان بين الكلام الاول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لانه صار
خبرا فلا يستحق به العتق كما لو جمع بين حرو وعبد و قال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدأ
بيان الكلام الثاني وقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام
الاول وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج
للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا وان مات ولم يمين عتق من الذي اعيد عليه القول
يعني الثابت اعيد عليه قوله احدكما حر ثلثة ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين يعني
الخارج والداخل عند ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك
يعني يعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الخارج نصفه الا في العبد الآخر وهو الداخل فانه يعتق
ربعه باعتبار الاحوال والاصل في اعتبار الاحوال في حالة الاشتباه ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم بعث انا ساء الى بني خشم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم
بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله
فكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تفتية من القتل على ما كان
عليه عادتهم من السجود اتعظيم عظمائهم توقبا من شرهم فلا يجب بقتلهم دية فلما وجبت
من وجه ولم تجب من وجه رجب النصف واسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا
فان قيل ما بال ابي حنيفة رحمه الله في الخنثى يعطيه اقل النصيبين من غير اعتبار الاحوال
اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة
الاستمرار كالذي نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال او النساء لا بد

ان يتفكك لها ندي او تنبت له لحيه وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكره
 في الكتاب وهو واضح هذا اذا كان في الصحة فان كان القول منه في المرض فان كانوا
 يخرجون من الثلث فالجواب كذلك فان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبه يقسم
 بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث بضرب
 كل بمقدار وصيته فيجعل اول كل رقبه على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة الارباع فالخارج
 يضرب بنصف الرقبه وهو سهمان وكذا الداخل ويضرب بالثابت بثلثة الارباع وهي ثلثة
 اسهم فجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجديع احدا وعشرين وثلثاه
 اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة وكذلك الداخل يعتق
 من الثابت ثلثة اسهم ويسعى في الاربعة واما على قول محمدرحمه الله فيضرب الخارج
 بسهمدين والثابت بثلثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة واذا كان الثلث
 ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت
 يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة فكان نصيب
 السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغي ان يعتقوا ولا سعاية
 عليهم اصلا اجازت الورثة اولم تجزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان
 الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما اما اذا كان بطريق التوزيع
 والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك
 لا يتعدى موضعها وقوله ولو كان هذا اي ولو كان هذا الكلام في الطلاق وهن غير
 مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعة ومن مهر الثابتة ثلثة
 اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهي مسئلة الزيادات يحتج بها محمدرحمه الله عليها حيث
 اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والتمن من الصداق
 بمنزلة الربع من العتاق لان المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوته

نبوتنا في الايجاب الثاني فقبل هذا على قول محمد رحمه الله فلا يكون حجة عليهما لان عندهما يستقر ربه وقيل هو قولهما ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فدادام له حق البيان كان كل واحد من العبدین حرا من وجه عبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة في الطلاق فمترددة بين ان تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة ان كانت المرادة بالايجاب الاول كانت الثابتة منكوحة فيصح الايجاب الثاني وان كانت الثابتة هي المرادة بالايجاب الاول كانت اجنبية ويلغوا الايجاب الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فصح الايجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزوعا بين مهر الدخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا في اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمة وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد رحمه الله فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت لما نعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قبل للمولى اوقع العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني وبطلت مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم اليه حر قال الامام فخر الاسلام في شرح الزيادات هذا عند محمد رحمه الله فاما عندهما

فيجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح فتعين له الثابت بموت
الداخل فوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت
بالكلام الاول ويبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر هذه تفرعات العتاق واما
تفرعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء ووقع الطلاق الاول على
الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني وان اوقعه على
الثابتة لغاى الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين
الخارجة او الثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لومات والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لما قلنا من بطلان المراجعة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع المهر وان ماتت
الداخلة كان مخيرا في الاخيرين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة
ايضا لانعدام مراجعة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان
ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسألة العتاق ومنها ميراث النساء
وهو الربع والثلث ينقسم بين الداخلة وبين الاولين نصفين نصفه للداخلة لما مر في انه
لا يزاحمها الا احدى الاولين والنصف الآخريين الاولين لان احدهما ليست باولى
قوله ومن قال لعبدية احد كما حر كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله
لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت اورد عليه بما لو قال لامته احدى هاتين ابنتي
او ام ولدي وماتت احدهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية اجيب بان هذا الكلام
ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الميت والحي فرجع الى
بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما ينعين احدهما للحرية
اذ مات الآخر لان البيان قائم بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله
احد كما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر
الى هذا يكون البيان انشاء ومن حيث ان العتق لا يعد واما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر

يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح البيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة وقوله وكذلك اذا استولد احدهما يعني اذا وطئ احدهما فعلق منه لانها صارت ام ولد له ومن ضرورة صحة امية الوالد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احدهما تعين في الاخرى لزوال المزاومة وقوله للمعنيين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاء من كل وجه وابقاء الانتفاع الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع بشرط الخيار لاحد المتعاقدين لا طلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احدهما ولم يقيدة بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي بالعتق فتعين الآخر له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف رحمه الله روى ابن سامة عن ابي يوسف رحمه الله اذا ساوم احدهما كان بيانا يعني لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم يثبت الرواية عنه مكتوبة وقوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع قيل التسليم ليس بشروط وانما ذكره تأكيد لان محمد ارحمه الله ذكره في الاملاء اذا وهب احدهما واقبضه او تصدق واقبض عتق الآخر لان البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وان لم يكن قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما يحصل لوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأته احديكما طالق ثم ماتت احدهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك لم يبق محلا للطلاق فتعينت الاخرى له وكذا لو وطئ احدهما لما تبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احدهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال تعتق لان الوطئ لا يحل الا في الملك واحدهما حرة لا ملك فيها فالوطئ لا يحل

فيها فاذا وطئ احدُهما جعل مستتباً للملك فيها يقع الوطئ حللاً لا حلالاً مرة على
 الصلاح فاذا تعينت تلك الملك تعينت الاخرى لزواله بالعتق ولا يبي حنيفة رحمه الله
 ان الملك قائم في الموطوءة اي في التي توطأ من كل منهما وان كان الملك قائماً كان
 وطئها حللاً اما ان الملك قائم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكورة وهي اي الموطوءة
 غير منكورة بل هي معينة فلا يكون الايقاع فيها وان لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك
 عنها زائلاً واما ان الملك اذا كان قائماً كان الوطئ حللاً لا فظاً هراً لا يحتاج اليه بيان وان
 كان الوطئ حللاً لم يكن بياناً لان كل واحدة منهما على هذه الصفة ولهذا حل وطئهما
 على مذهبهم وهذا في غاية الدقة ويلوح منها سيماء التحقيق الا انه لا يفتنى به قيل لان
 المنكورة التي ثبت فيها العتق لا يخلو عنهما ومبنى التحل والحرمة على الاحتياط وهو فاسد
 لان فيه تلويحاً الى ترك ابي حنيفة رحمه الله الاحتياط وارى انه لا يفتنى به لئلا يتخذ
 مغمراً لابي حنيفة رحمه الله بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلاً او لا
 فان كان غير نازل كان اهما لا للفظ عن مدلوله وان كان نازلاً لا يجوز وطئها آجَاب
 على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني ثم يقال العتق غير نازل قبل
 البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو
 غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول او يقال نازل اي
 العتق نازل في المنكر فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد
 العبدین على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطئ لا يقبله المنكورة لانه
 يصادف المعينة اذ هو امر حسي لا يقع الا في المعين ووطئ غير المعين غير ممكن فلا يكون
 الوطئ بياناً في الاخرى فان قيل كيف وقع بياناً في الطلاق آجَاب بقوله بخلاف
 الطلاق لان المقصود الاصل من النكاح الولد وقصد الولد بالوطئ يدل على استبقاء
 الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد

الولد فلا يدل على الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف رحمه الله اختار جوازه او يحصل على المخلص المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير **قوله** ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة كلامه على ما ذكره واضم وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام او لان نكل عن اليمين فنكوله كاقاربه وان حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتها جارية ولا يدري ايها اول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام او لا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية او لا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال دون حال فبعث نصفها والغلام عبد يقيم والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما ان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف واحد القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار غدا فانت حرة فمضى الغد ولا يدري انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك هنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام او لا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسألة الكيسانيات وقوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهي قيل هي ستة اوجه فصلوها في شرح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايها ولد اول وهو المذكور في الكتاب او لا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف الام والجارية وتسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان تدعي الام ان الغلام هو المولود او لا وانكر المولى

ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب والثالث
ان تدعي الام ان الغلام اول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا وجوابه
ووجهه ما ذكره ايضا فيه والرابع ان تدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكنة ان الغلام ولد اولا وهو
المذكور في الكتاب رابعا بوجهه وجوابه والخامس ان تصادقوا ان الجارية هي التي ولدت
اولا فالجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان ينصادقوا ان الغلام
ولد اولا فالجواب ان الام تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام
عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال الرق لكون ولادته شرطا عتقها والشرط
يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف رحمه الله لم يذكرهما في الكتاب
لظهورهما **قوله** واذ اشهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة على طلاق
احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما
وعند ابي حنيفة رحمه الله هي باطلة الا ان يكون في وصية استحسانا على ما ذكره واصل
هذا ان الشهادة على متق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة
على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وانما يختلف الحكم
على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد منة ومن حقوق الشرع عندهما
وجه قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يترد بردة ويجوز ان يحلف به ويصح ايجابه
في المجهول وكل ذلك دليل على كون العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق
اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك دليل على كون العتق
حق العبد لا محالة هذا هو المشهور ولا عبرة لغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق
العباد لا يقبل الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع يقبل بدونها
وعتق الامة من حقوقه بالاتفاق فلذلك يقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم
فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة في هلال

في هلال رمضان فإن قيل لو كان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاهما من الرضاة اذا جحدته اذ ليس فيها تحريم الفرج لان تحريمه ثابت بحكم الرضاة قبل شهادتهما بالاعتاق اجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا لم تقع الحاجة الى الزام المنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه معنى الزللان فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده بوجبه لكون بضعهما مملوكا للمولى وأن كان هو ممنوعاً عن وطئها بالمحرمة الا يرى انه جائز له ان يزوجه او بدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج وان ثبت الاصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطاً عنده الى آخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول لا يتحقق قيل عليه اذا ادعى ذلك يوجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب بان صاحب الحق احدى البعينة فدعويهما دعوى عن غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا يكون مطابقة للشهادة لان الشهادة على احد العبدین لا على العبدین وقوله ولو شهدانه اعتق احدى امتيه كصورة نقض على ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا وجه دفعه ما ذكره بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشا به الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه بعني قوله له ان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطئها ومعنى قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطئ بعده زنا واعتراض بان عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن الدعوى فالتجواب ان لازم عتقها من اعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا عن ان يكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته بيان قوله الا ان يكون في وصية استحسانا وقوله

لان التدبير حثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع في حال الصحة او في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف رحمه الله اذ هما ان التدبير مطلق والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع بالموت فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجزه من البيان فكان ايجا بالهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكروا وجه القياس وهو ان المقضي له مجهول والدعوى من المجهول لا يتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهد ابعده موته انه قال في صحته احد كما حر قال الامام فخر الاسلام رحمه الله لا نص فيه واختلف فيه مشا ئخنا فقال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم وقال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعوىهما صحيحة وهي تقضي قبول الشهادة والله اعلم بالصواب

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء شرط ولما كان المعلق فاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز **قوله** ومن قال اذا دخلت الدار ظاهروا عترض عليه بانه يجب ان لا يعتق ما يشترطه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فكان كما لو قال لعبد الغيران دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لذلك واجيب بانه قصد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم يوجد الاضافة فيها الا صريحا ولا دلالة وقوله لما قلنا يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وقوله لان قوله كل مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص انما يكون

يكون بمملوك له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء وقوله ومن قال كل مملوك لي ذكر بجرد ذكر ظاهر ومبناه ان المملوك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والجنين ليس بكامل لما ذكر في الكتاب وقوله وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو قال نوبت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء وان قال كل مملوك املكه حر بعد غدا وقال كل مملوك لي فهو حر بعد غدا وله مملوك فاشترى مملوكا آخر ثم جاء بعد غدا عتق الذي في ملكه يدم حلف لا الذي اشتراه بعده وقوله بعد غدا ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال وقوله بعد غدا بالرفع ليكون فاعل جاء لانه المقصود وقوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبراً ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية الشيوخ وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال وظاهر تقرير المصنف رحمه الله يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد وجد ههنا دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعلوم واقول قول المصنف رحمه الله وكذا يستعمل له من غير قرينة بآبى قول هذا الشارح لان المشترك لا يستعمل في احداً للمعنيين بعينه الابقرينة وليس النحويون مجتبعين على ان المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله مختار المصنف رحمه الله لتبادر الفهم اليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً الى ما بعد الغدا فلا يتناول ما يشترطه بعد اليمين * ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر

فالذي كان عنده مدبر مطلق والآخري ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جازله ان يبيعه
 وان مات عتق من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان
 في ملكه يوم حلف بطريق التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة الحال على
 ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايضاء
 اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه اولي فهو حر واما انه ايضاء فبقوله بعد موتي
 ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة اي المترتبة
 والحالة الراهنة اي الحاضرة سديت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرأ محبوس فيها لا فيما
 قبلها وفيما بعدها كذا في الشروح الا يرى انه لا يدخل في الوصية بالمال ما يستفيدة بعد الوصية
 وفي الوصية لا ولاء فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن يولد بعدها اذا عاش الى وقت
 موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا الى المالك او الى سببه وهذا الكلام من حيث
 انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب مضافا الى
 الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضاء يتناول الذي يشتره اعتبارا للحالة
 المترتبة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه
 لانه لم يتناول الكلام حالة التملك لان من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك
 والى سببه ولان من حيث الايضاء لانه يكون عند الموت فكان حال التملك استقبالا محضا
 لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك واما عند الموت اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه
 قال كل مملوك لي او املكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المترتبة فيصير مدبرا
 لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه اولي حر بعد غد على
 ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايضاء والحالة محض استقبال
 لا يتناولها الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه فافترا وعلى هذا
 قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا معنى

معنى لان يكون جواب سؤال مقدركما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال
 ينبغي ان لا يتناول ايجاب المشتري اصلا لا في الحال ولا في المال لان التناول
 انما يكون مضافا الى الملك او الى سببه وليس احدهما في حقه بموجود فاجاب
 بان يتناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي وقوله ولا يقال انكم جمعتم بين الحال
 والاستقبال اشارة الى جواب ابني يوسف رحمه الله ولعله اراد بقوله بسببين مختلفين
 ايجاب عتق وصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من
 صفات اللفظ وفيه نظرا لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق
 في الحال او كونه ايصاء فقط ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام
 تدبروا التدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنظرة فيدخل تحته
 ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت وما بينهما فليس بداخل تحته فلا يكون المستحدث
 مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تاتيا واسلم من الاعتراض والله اعلم بالصواب *

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء يفعلُه وكذلك الجعالة بالكسر وانما اخر
 هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق ومن اعتق عبده على مال اي مال
 كان من عروض او حيوان او غيره مما مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف
 درهم او على ان لي عليك الف او على الف تؤديها او على ان تعطيني الف او على ان تجيئني
 بالف فقبل العبد عتق ساهة قبوله لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء
 الالف كما لو قال ان اديت الي الف لا لما قبل انها تكون للشرط اذا دخلت فيما يكون
 على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت
 فيه على الافعال بل لما قبل لان الكلام فيما اذا كان مراده التجيز يعوض لا التعليق فكان

الصارف عن الشرطية دلالة الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال
 اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير المال
 وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لانه مال فلا يملك المال
 واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى
 يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني ان العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة
 الى نفسه لكونه بقي على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره بالحدود والقود
 وغيرهما واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالا عتاق او بيع نفسه منه فكان ما بذله
 في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء
 لان العبد مال بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة الى نفسه فكان ما بذله في مقابلة
 مال عند المولى والثالث ان العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا لم يدخل به
 في يد شيء من المال غاية ما يقال انه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة
 فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل بما هو قوة شرعية وهذا اقرب منهما واذا ثبت انه
 معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل
 صار حرا وان رد او عرض عن المجلس بالقيام او بالاستغفال بما يعلم به قطع المجلس
 بطل فاذا قبل صار ما شرط ديننا عليه حتى تصح الكفالة به لانه يسعى وهو حر بخلاف
 بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لانه يثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكانت ثبوته على
 خلاف القياس اذ القياس ينفي ان يستوجب المولى الدين على عبده فلما ثبت بخلاف
 القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة
 ولم يعد الى الكفالة وقوله واطلاق لفظ المال ينظم انواعه من النقد يعني في قوله ومن عتق
 عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جازان بثبت الحيوان ديننا في الذمة
 ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم

معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة قفيز حنطة ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او رديئة ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولوعاق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر صيغة التعليق فيعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد بردة والمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله من غير ان يصير مكاتباً يعني لا تثبت احكام المكاتبين حتى لومات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدى عنه ولومات المولى فالعبد رفيق يورث عنه مع ما في يده من اكسابه واو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حظ المال او ابراءه المولى لم يعتق ولو كان مكاتباً كان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله مرادة التجارة يعني من الترغيب في الاكتساب لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدى لانه يدنى المرأ ويخسه وقوله وفي سائر الحقوق يريد به الثمن وبديل الخلع وبديل الكتابة وما اشبههم ما وقوله انه يعني المولى ينزل قابضاً بالتخلية برفع المانع سواء قبض او لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب او الحبس وقوله انه هو تعليق العتق بالشرط لفظاً احترازاً عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله ولهذا لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه تصرف يمين وقوله ولا جبر على مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق تقريره لا جبر الا بالا استحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف الكتابة متصل بقوله انه هو تعليق العتق بالشرط لفظاً وقوله لانه اي لان عقد الكتابة معاوضة وابدل فيها واجب فكان الجبر بعد الاستحقاق * ولما انه تعليق نظراً الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظراً الى المتصود لانه ما عاق عتقه بالاداء الا ليمتدحه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال

بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان ادبت
الى الفاننت طالق حتى لوطلقها بهذه الصيغة كان باثنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعنا
للضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود
قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد فانه لا يحتدل
المشتقة في اكتساب المال الا لئلا شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن
جعله معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك المولى لانه قبل الاداء
عبد وهو وما في يده لمولاة اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا
ثبت شرط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء
منى وجد الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان الكسب ما لا قبل الكتابة
يصير احق بذلك المال حتى لو ادنى ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوب الى مبسوط
شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من
اثباته والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلا عن حصوله اقتضاء
ولعل الصواب في الجواب ان يقال لما صححت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها
وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى
فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعلى هذا اي على العمل بالشبهين يدور المعنى
الفهني ويخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان ادبت الى الف درهم فانت حر
الحق في بعض الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه
من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا
اللفظ تعاقبا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا بالشبهين فيه بشبه التعليق في
حالة الابتداء وبشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها هبة ابتداء
حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب

الواهب من الرجوع و جرت الشفعة في العتار ويرد بالعيب ولو أدى البعض يجبر على
القبول لان الذي اتى به بعض تلك الجملة فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت
في البعض كما في الكتابة وهذه رواية الزيادات وقيل هو الاستحسان وما ذكر في مبسوط
شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا ثبت من حيث انه
عتق بمال اداه الى المولى وانما يعتق باداء الجميع فما لم يوجد اداء جميع المال لا يثبت
معنى الكتابة هو القياس **قوله** الا انه باء البعض لم يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا
حط البعض وادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه كان كما اذا
لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لا انتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال
هناك واجب على المكاتب فيتحقق ابرأؤه عنه سواء ابرأه عن الكل او البعض ولو أدى
الفاكسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق اما الرجوع عليه بالى اخرى مثلها
فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باءائه
لان مقصوده ان يحثه على الاكتساب ليؤدى من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه
قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلو وجد شرط الحنث لما ان كون الالف مستحقة
لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال انسان واداه ثم الاداء في قوله ان اديت
يقتصر على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقتصر عليه كما
في التعليق بسائر الشروط ووجه الظاهر ما ذكره بقوله لانه تخيير للعبد بين الاداء والامتناع
عنه فكان كالتخير بمشيئة العبد اذا قال انت حران شئت فان قيل قد تقدم انه يصير
مأذونا في التجارة فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب بان الاذن يكون
في صورة اذا اديت او امتنى اديت فان الاداء فيها لا يقتصر على المجلس ويجوز
ان يقال لا تنافي بينهما الجواز ان يكون مأذونا بالتجارة ويقتصر الاداء على المجلس يتجرفيه
ويؤدى المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبد انت حر بعد موتى على الف درهم

فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل
 ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول بعد الموت لتلايق القبول قبل الايجاب فصار
 كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى زمان
 والقبول متأخر اليه لتلايق قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم
 حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما سيجي فيكون
 القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير يوجب حق الحرية
 لاحقيتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب ديناً على عبده بخلاف مال واعنته
 على مال لانه يثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى فديستوجب مالا
 على معنته فان قيل لمالم يجب المال في المدبر على الالف ما الفائدة في تعليق التدبير
 بالقبول اجيب بانها بيان انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب
 المال وقوله قالوا يعني المشائخ رحمهم الله لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير
 وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان قيل بعد الموت مالم يعتقه الوارث
 او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف
 رحمه الله وهذا اي قولهم انه لا يعتق مالم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب مضاف
 الى ما بعد الموت واعلية الموجب شرط عند الايجاب وقد عدت بالموت بخلاف التدبير فانه
 ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار
 فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه
 لمالم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلناً بطلق الوقت وفي مثل هذا لا يعتق
 الا باعتاق الوارث لا انتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد
 موته بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعالى بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل
 انت مدبر على الف درهم معناه انت حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب

الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول
ايضا فيه اجيب بان هذا يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان
يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط
القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضاف الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده
قوله ومن اعتق عبدا على خدمته اربع سنين ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني
اربع سنين فقبل العبد عتق فلومات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله الاول عليه
قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق
وكال ما جعل عوضا عن العتق فالعتق يتعاقب بقبوله لانه الحكم في الاعراض كلها وقد وجد
القبول فنزل العتق وانتمه خدمته اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكم المالية بالعتق وانما هذا
صاحته صد اقامه ان الله تعالى شرط ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ
ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ فِصَارًا كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء
على خلافية اخرى وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية وهلك
يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي ابي مسئلة بيع نفس
العبد منه بالجارية اذا استحققت معرفته في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر
وجه كل واحد من التولين ولا بأس بذكر ذلك فوجه قول محمد رحمه الله ان الخدمة
بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة لموته فوجب
تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر
تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب
تسليم قيمته لا مكان ذلك هذا في المبني ولقائل ان يقول هذا ما قاض لما قال المصنف
رحمه الله في اول الباب انه معاوضة بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب

ان الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك الكاح والطلاق وغيرهما حتى صح باي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاة وشابه بذلك بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد وفسخ العقد على الجارية فيلزمه قيمة العبد على ما ذكره واما المبني عليه فوجه محمد رحمه الله ان هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد عجز عن ايفاء البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايع عبدا بجارية ثم مات العبد فتفاسخ العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد وقوله وكذلك بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه الصور كموت العبد فصا نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال لا خراعتك امتك على الف درهم علي لم يذكر في بعض النسخ علي اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها التاكيد والمسئلة ظاهرة وقوله وقد قررناه من قبل يعني الخلع في مسئلة خلع الاب ابنته الصغيرة على وجه الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذا الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شيء اصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال على ان تزوجنيها ففعل وابت ان تزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احد بهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانه ادخل صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون

بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب ان لا يقع العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والثانية
 ان البيع اذا كان فاسداً ويجب فيه العوض بحسب قيمة المبيع كاملة والقول بما يخصه
 من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومذبر وبين عبدة وعبدة غيره
 فان البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي واجاب الامام شمس الائمة
 السرخسي رحمه الله من الاولى بان الامة تستفيع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير
 فابضة نفسها ادنى قبض وادنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشبوع فيما
 يحتدل القسمة والامام فخر الاسلام عن الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم
 الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطال البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن
 وقوله فلوزوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره محمد رحمه الله في الجامع الصغير
 وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم يزل فيه عني لعدم صحة
 الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما اصاب
 مهر مثلها كان مهر الامة في الوجهين *

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة ظاهر المناسبة والتدبير
 في الافة هو النظر الى عاقبة الامرو في الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد الموت بالفاظ
 تدل عليه صريحاً كقوله دبرتك او انت مدبر او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت
 حر بعد موتني او مع موتني او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برفقتك او بعنقك
 او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات
 وهو يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه وقال الشافعي رحمه الله
 يجوز بيعه وهبته لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات

من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه
 بالاخلاف ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال والوصية لاتمنع الموصي عن التصرف
 بالبيع وغيره كما لو وصى برفقته الانسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر لا يباع ولا يرهب
 ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ولانه اي التدبير سبب
 الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد له من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا
 في الحال او بعد الموت لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن
 تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضا لا يمتنع
 فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المصنف رحمه الله بان هذا الكلام مناقض
 لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينقد السبب بعد الموت واقول
 قوله ثم جعله سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب
 عند اصحابنا رحمه الله ليس بمنعين فيحمل ما ذكره هناك على غير الاولى فيندفع التناقض
 ويكون قد اطاع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا بعد الموت او اختار جوازه
 باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق
 شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر
 التعليقات وهو مودى قول الشافعي رحمه الله كما في سائر التعليقات اجاب بقوله بخلاف
 سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط واعلم ان في كلام المصنف
 رحمه الله غموضا لا ينكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منه فنقول المانع
 هو ما ينتهي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينال في اللازم ينال في الملزوم واذا ظهر هذا فلنا
 القياس يقتضي ان يكون سائر التعليقات اسبابا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال
 وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا قائم لان اليدين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم
 فان المقصود من اليمين هو المنع عن تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق اللازم الذي

الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفاً كون تصرف التعليق يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعتقد للحمل كما في قول الرجل ان لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين تعتد للمنع او الحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه يقتضي الحصر عند البلغاء قلت لا يتصد باليمين الا منع الشرط فالشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه ويلزمه الحمل فان قلت التدبير يمين اوليس يمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات اذا سائر بمعنى الباقي قلت ليس يمين لعتاق عتقه بامر كائن بخلاف سائر التعليقات واستقامة اطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة ان لم تكن اليمين اخص من التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غدا فانه تعليق بامر كائن وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله فامكن تأخر السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخرين التدبير وسائر التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما سائر التعليقات فتاخير السببية فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط اذا لم يكن التعليق ابتداء بحال بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان فلانسان ان الاهلية اذا كان غير مشروط وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقريره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالورثة فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان وصية لبطل اذا قتل المدبر سيدة لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان

الجرح قبلها او بعدها ولجأ البيع لان الموصي بجوزله بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وابطال السبب لا يجوز ثمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما اثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين هكذا التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك اي ابطال سبب الحرية فلا يجوز قوله وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا الوقال كل مماوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فالمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطمهاوله ان يزوجه لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله صلى الله عليه وسلم وهو حر من الثالث ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وكل وصية ينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان يكون من امة او غيرها فالاول رفيق لمولاها والثاني يتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم وخصوصهم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد المدبرة فقضى بان ما ولدته قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها الا يباع وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم

ولم ينقل عن احد خلاف وقوله فان علق التدبير بموته بيان المدبر المقيد وهو ان يعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفروبيراً من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعاقب عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقة يستفاد مما قدمناه وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليقين وقد عرفت ان صفة كونه يمينا تمنع عن السببية واما اذا كان امرا كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليدين فكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقدان انعقد بعد الموت فليس بحال اهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة حينئذ وان عاش بطل التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا يعني قوله لتردد في تلك الصفات بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله في نوازلهم ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف رحمه الله هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصاركاً انه قال ان مت فانت حر ثم لومات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين في الثاني عتق ولومات بعدها لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد والله اعلم بالصواب *

باب الاستيلاء

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاء عقبيه لما سبه بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية لاحتقيقتها والاستيلاء طلب الولد فام الولد من الاسماء الغالبة

كالصغيرة من الصفات الغالبة اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز
 بيعها ولا هبتها ولا تملكها قوله صلى الله عليه وسلم لما ولدت مارية ام ابراهيم من رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وقيل له الاتعتقها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها اخبر
 عن اعتاقها فثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان الحديث وأن دل على تنجيز الحرية
 لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
 ايما رجل ولدت امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث
 الاول والتنجيز بالحديث الثاني ولا يقال محلبة البيع معلومة فيها يبقين فلان نرفع الا يبقين
 مثله وخبر الواحد لا يوجب له لانا نقول الاحاديث الدالة على عتقها من المشاهير وقد انضم اليها
 الاجماع اللاحق فرفعتنا ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد
 فان المائتين قد اخطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي
 تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء الحر وهبته حرام فان قيل لو كانت هذه الجزئية معتبرة
 لتجز العتق لان الجزئية توجب له ولستم قائلين به اجاب بقوله الا ان بعد الانفصال يعني
 ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لاحقيقة فضعف السبب
 فاجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت فتعارض المنقول بالمعقول في اثبات حكم مؤجل
 الى ما بعد الموت وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت
 الجزئية باقية حكما لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك اجاب
 بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات
 النسب هو الاب لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك
 في الجزئية فثبت في حقهم لافي حقهم وقوله وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت
 الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد له لان الاستيلاء لا يتجزى لانه فرع
 ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاء

والاستيلاء متجزعة حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الى آخره فما وجه التوفيق بين كلاميه اجيب بان معنى قوله لا يتجزى يملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاء على ما يجي بعد هذا في هذا الباب لان نصيب صاحبه قابل للنقل بضمن المستولد لان الاستيلاء وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هناك من تجزى الاستيلاء فانما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاء منحصرا على نصيبه فيتجزى الاستيلاء ضرورة فكان رفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحل وبانه يحتمل ان تكون فيه روايتان عن ابي حنيفة رحمه الله وذلك لانهما جعلوا الاستيلاء مقبسا عليه في انه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم اجاب عنه ابو حنيفة رحمه الله بانه متجزعة في ذلك الباب ومثل هذا كان لاختلاف الروايتين كذا في النهاية **قوله** وله وطنها واستخدامها واجارتها وتزويجها قد ذكرنا ان الاستيلاء يوجب حق الحرية لاحقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجازله ان يطأها ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قبل ان يستبرئها فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة اجيب بان محمية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا يرتفع به بخلاف النكاح فان المنكوحة خرجت عن محمية نكاح الغير فلا تعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة وقوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامه رجوعا الى ما ابتدأ به اول الباب بقوله اذا ولدت الامه من مولاهما لان ولد الام الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجي في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار وحكم المدبرة كحكم الامه في انه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى وقوله الا ان يعترف به اي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما يثبت النسب بالعقداي بالنكاح الذي هو مفض الى الوطء فلان يثبت به وهو اكثر اضاء اولي * ولنا ان وطء الامه يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود

المانع عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما او عدم
 نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطى فانه لا يثبت
 النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة
 لا يقال النسب باعتبار الجزئية او بما وضع لها والنصد وعدمه لا مدخل له في ذلك لانا
 نقول لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات
 الاصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج الى الدعوة ووطى الامة ليس بموضوع له
 فيحتاج اليها وان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار اذا كان قد اعترف
 بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها نصارت فراشا كما لم عقود بعقد النكاح
 الا انه اذا نفاه بنتفي بقوله من غير لعان مالم يقض القاضي به او لم تتطاول المدة فاما
 بعد قضاء القاضي فقد لزمه به على وجه لا يملك ابطاله وكذلك بعد التطاول لانه
 يوجد دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار
 واختلافهم في مدة التطاول قد سبق في اللعان وقوله لان فراشا ضعيف واضح وقوله
 وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد الامة بدون الدعوى حكم قضاء القاضي
 فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فلا اعتراف به والدعوى ان وطئها او حصنها
 ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب رتبة الزنا وقوله لان هذا
 الظاهر وهو ان الولد منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظاهرا خروجه
 العزل او ترك التحصين وقوله وفيه روايتان اخريان في بعض النسخ اخروا وليس بصحيح
 وقوله عن ابي يوسف وعن محمد رحمه الله قيل فائدة تكرار عن دفع وهم من توهم ان الروايتين
 عنهما بائنا فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر فاما رواية
 ابي يوسف رحمه الله فهي انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه
 ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملها لامرأها على

على الصلاح ما لم يتبين خلافه وأما رواية محمد رحمه الله فهي انه لا ينبغي ان يدعيه ان لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتمل من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وما ذكره ابو حنيفة رحمه الله هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصلها فاطهاران الولد منه فيلزمه ان يدعي وان لم يحصن او عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان كان النكاح فاسدا بعدما اتصل به الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد وقوله ولو ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لا قارة وانما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير امه ام ولد له لان امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير امه ام الولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير رحمه الله فان قيل ينبغي ان لا تصير امه ام ولد لمولاه لان امية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل منه كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاء كاف لثبوته واذا كان ذلك الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا الاحتمال ان يكون الولد ثابت النسب من المولى بلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه من النسب فيبقى معتبرا في حق الام لاحتياجها الى ان تصير ام ولد قوله واذا مات المولى عنتت من جميع المال واذا مات المولى عنتت من جميع المال سواء كان زوجها اولامارواه محدد

بن الحسن رضي الله عنهما من حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
 وسلم امر بعق امهات الاولاد وان لا يعن في دين ولا يجعلن من الثلث ومعنى قوله امر حكم
 لا الامر المصطلح فانهن يعنن بعد الموت كما تقدم وانما انكر الدين نفيا للسعاية للغرماء
 والورثة ولا يجعلن من الثلث تأكيد لانه فهم ذلك من قوله وان لا يعن في دين ولان
 الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى ابقاء نسله كما انه يحتاج الى ابقاء نفسه
 وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتهجير والتكئين بخلاف
 التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج وقوله ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين
 المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة الى الولد اصلية الى آخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني
 حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنهما ووجه ذلك انه لما قال ولا يعن دل على انتفاء
 المالبة واذا اعدت ماله لم يبق عليها سعاية وقوله ولانها يعني ام الولد ليست بمال متقوم
 حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة رحمه الله لان
 ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم فلا يتعلق بها حق الغرماء كالتقاص فان من له التقاص
 اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان يأخذوا من عليه التقاص بدينهم ويستوفوا
 منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه التقاص من مديونهم لان التقاص ليس بمال متقوم حتى
 يأخذوا بمقابلته ما لا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي التقاص
 من استيفاء التقاص وكذا اذا قتل رجل مديونا والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع
 المديون عن العفو واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي ثلث
 قيمتها فنة على ما تقدم وكلامه واضح واستشكل القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة
 رحمه الله مع ان ماليتها ام الولد غير متقومة عنده فان القول بالسعاية قول بالنقوم اذا السعاية
 بدل ما ذهب من ماليتها وقوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقد
 جواب عن هذا الاشكال قوله ولانها يعني ماليتها ام الولد ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا

وهذا اي كونها محترمة يكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الاشكال
 واعترض عليه بان الاحترام لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصب ام الولد
 واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لا انتفاء تقومها
 وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام
 في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني كما اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة
 وعفا احدثهم يجب المال للباقيين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز
 ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعنوا احدثهم او مات مولاه
 وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد قته لانها لوردت
 قته اعيدت مكاتبه لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاه وقوله ولو استولدها صورة
 المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الشافعي رحمه الله هذه علق بريق وهو ظاهر ومن علق
 بريق لا تصير ام ولد لمن علق منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء
 الام في تلك الحالة اي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع ليس
 كذلك لان الام رتبة مولاه في تلك الحالة فلو يعلق الولد حرا كان الجزء مخالفا للكل
 وقوله كما اذا علق من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس من مولاه
 قيل في كلامه تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاء كون العلوق من مولاه
 ولهذا لا يثبت اذا علق من الزنا وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل
 على ان هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو
 علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة الزنا انما لم تثبت امومية الولد لان الولد انعلق
 رقيقا لان المذنبي بها في تلك الحالة ملك مولاه ولنا ان سبب الاستيلاء وهو الجزئية الحاصلة
 بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال ولان الجزئية قد حصلت
 بين الواطى والموطوءة والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا

وفدثت النسب بالنكاح فتثبت الجزئية بهذه الوساطة واذا ثبتت الجزئية ثبت
امومية الولد وقوله بخلاف الزنا جواب عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه
اي في الزنا للولد الى الزاني فلا تثبت الجزئية المعبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية
فلا تثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فعلامته يعتق عليه الولد
من الزنا اذا ملك اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزوة حقيقة بغير
واسطة بخلاف امومية الولد فانها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة
فكانت امومية الولد بالزنا نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه اي الاخ ينسب
اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق
اذا ملكه وان كان من الزنا لان النسبة بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه ظاهر **قوله**
واذا كانت الجارية بين شريكين هذه المسئلة قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا
اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان ذكرها هناك من حيث ان الاستيلاء يخرج الامة الى
حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان
ما اريد بعدم تجزى الاستيلاء المذكور هناك ويملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر
وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه **قوله** فادعاه احدهما
لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض وقوله لانه لما ثبت النسب منه في نصفه الى آخره يرد عليه
القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت
في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى آخر ما ذكر في الكتاب ويجاب عنه بتغليب جانب
المثبت للنسب احتياطا لا يرى انه يستط الحدد عنه بهذا الطريق ويجب العقر فكذلك
يثبت النسب منه بالدعوة وقوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا
على اختيار بعض المشايخ رحمهم الله اما الاصح من المذهب فالحكم مع علته يقتربان
لما عرف في اصول الفقه ونقول يجوز ان يكون مرادة بالتعقب التعقب الذاتي دون

د من الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب وقوله بخلاف الاب اذا
 استولد جارية ابنته لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاء فيتقدمه وهذه التفارقة بين الشريك
 والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلق وذلك يكفي للاستيلاء
 فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاء فيكون الوطى وانعافي غير ملكه وذلك
 يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في الجارية
 وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاء في ملكه حملا مرة على الصلاح فيكون الوطى
 في ملكه والوطى فيه لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف
 مهر مثلها هكذا في مبسوط شمس الاثنية السرخسي رحمه الله وفي مبسوط شيخ الاسلام
 والمحيط العقر قدر ما يستأجر هذه المرأة لو كان الاستيلاء للزنا حلالا وقوله فلم يتعلق منه شيء
 على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان نصفه انعلق على ملكه وانه يمنع
 ثبوت البرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب وان ادعى معانته نسبه منهما قال
 المصنف رحمه الله معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه اذا كان الحمل على
 ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو واخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام ولد له والاستيلاء
 لا يتجزى فثبت في نصيب شريكه ايضا وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القافة
 وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع وهو الذي يتبع آثار الآباء في الابناء من قاف
 اثره اذا اتبعه والقيافة في بني مدلج منهم المجرز لان اثبات النسب من شخصين مع
 علمنا ان الولد لا يخلق من مائتين اي من مائتي فحلين متعذر فعملنا بالشبهة وقد سر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة رضي الله عنه روي ان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم دخل على عايشة رضي الله عنها واساير وجهه تتبرق من السرور فقال
 اما علمت ان مجرزا مدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطي وجوههما وارجلهما
 بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبهة باطلا لما جاز اظهار السرور

وأوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح رضي الله عنه في هذه
 الأحاديث لبساً فلبس عليهما ولو بينا البين لهما وهو أنهما يرثانه ويترثهما وهو الباقي منهما أي الولد
 يكون للاب الباقي من الابوين الذين كانوا إذا مات أحدهما يكون كل الميراث للاب الحي
 دون أن يكون نصفه لورثة الاب الميت وقوله وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم
 يروونه إبرازة في مبرز المجمع عليه وقوله في سبب الاستحقاق يعنى الملك وقبل الدعوة
 وقوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث فيما
 يقبل التجزئة فالميراث يشبث على التجزئة في حقه وما لا يقبلها كنبوت النسب وولاية
 الانكاح يشبث في حق كل واحد منهما كملاك أن ليس معه غيره وقوله إلا إذا كان احداً شريكين
 استثناء من قوله وما لا يقبلها يشبث في حق كل منهما كملاك قوله وسرور النبي صلى الله
 عليه وسلم جواب عن قوله وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فيما إذا ادعى
 الواد أكثر من اثنين فجوزة أبو حنيفة رحمه الله ونزاه أبو يوسف رحمه الله وجوزة محمد
 رحمه الله إلى الثالث قال أبو يوسف رحمه الله ثبت على خلاف النياس بقصة عمر
 رضي الله عنه فلا يتعداه وقال محمد رحمه الله الثلاثة قريبة من اثنين وقال أبو حنيفة رحمه الله
 سبب جواز الملك والدعوة وقد وجد وقوله فيصير نصيبه عنها أم ولد له تبعاً لولدها يعني
 يخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعله قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاء في ابطال ملك
 الخدمة وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركه الميت بالاتفاق لوجود
 الرضاء منهما بعثتها عند الموت ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة رحمه الله وتسعى في نصف
 قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها أحدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق
 لشريكه ولا سعاية في قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتهما أم ولد
 لشريكه أن كان موسراً وتسعى في نصف قيمتها أن كان معسراً وعلى كل واحد منهما
 نصف العقر قصاصاً بماله على الآخر بفتح اللام أي بالذي له وقوله كما إذا أقام البيت يعني

يعني اذا اقاما البيئة على شيء يكون ذلك مشترك بينهما على السواء فكذلك ههنا وان اقاما البيئة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فاما ان يصدقه المكاتب او لا فان صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت به مجرد دعوة المولى النسب كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسب كسب المولى وجارية الابن كسب كسب الاب ووجه الظاهر وهو الفرق بين استيلاء جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بحججه على نفسه ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه وانما لم تصر الجارية ام ولده اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا يرى انه لعجزة يتقاب حقيقة ملك ولا حاجة به الى التملك وليس المالك في مال الولد ملك ولا حق ملك ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقا ووقع الوطئ في ملكه وولدت منه فكانت ام ولد له وقوله وعليه عقرها اي على المولى عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطئ لان ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاء فكان الوطئ واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني وقوله كما نذكره اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل في كلام المصنف رحمه الله نظر لانه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء والمفهوم منه ثبوت استيلاء جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن اصحابنا رحمهم الله ان الاستيلاء لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاء والجواب ان دلالة لفظ الاستيلاء على طلب نسب الولد اقوى

من دلالة على كونها ام ولد له فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاء صحة نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف رحمه الله اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض وقوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها وقوله وهوانه قبل اي الولد يعني ان الولد حصل له من كسب كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف ويجوز ان يكون انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب والضمير في رقه يعود الى الولد قيل في قوله كما في ولد المغرور ونظروا حق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير ان يكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقته المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية الولد الذي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاء وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب وان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت نسبه منه لان حق الملك له في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان بمعارضة المكاتب اياه بالكذب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله اعلم بالصواب *

كتاب الايمان

المناسبات التي تقدم ذكرها بين الكتب الى ههنا اقتضت الترتيب على ما تقدم وذكر
 الايمان عقيب العناق لمناسبتها في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين في اللغة
 القوة قال الله تعالى لَا خُذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل
 او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي
 ينعقد به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب
 البر لان من الايمان ما يجب فيه الحنث على ما سبأني والايمان على ثلاثة اصرب
 لان اليمين بالله اما ان تكون فيها مؤاخذة اولافان كانت فاما ان تكون دينوية فهي
 المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم تكن فهي اللغو فالغموس هي الحلف على امر
 ماض يتعمد الكذب فيه وذكر الماضي فيه ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا يرى انه
 اذا قال والله انه ليزيد وهم يعلم انه ليس بيزيد كان غموسا فهذه اليمين يا ثم فيها صاحبها قوله
 عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك واثمه يدل على
 معناه لانه ماسمي غموسا الا لانه يغمس صاحبها في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة
 السرخسي رحمه الله اليمين الغموس ليست بيمين على التحقيق لان اليمين عقد مشروع
 وهذه كبيرة محضنة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه
 الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمي النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر ببيع مجازا
 لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرناه لم يتناول ولا كفارة
 فيها لكن فيها التوبة والاستغفار وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لان الكفارة شرعت
 لدفع ذنب هنك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق ذلك الذنب بالاستشهاد بالله كاذبا
 فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها اي اليمين الغموس كبيرة محضنة

لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما هو كبيرة محضة لا تنطأ بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد وان تكون امورا مباحة كما عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تنادي بالصوم ويشترط فيها النية فلا تنطأ الغموس بها بخلاف المعقودة لانها مباحة فجاز ان تنطأ بها العبادة وفيه بحث من اوجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي الثاني لما وجبت بالادنى وجبت بالاعلى بالطريق الاولى والثالث الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها ما ح لها لقوله صلى الله عليه وسلم اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطئ وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع الاضعف بشيء رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو مالا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها ذنب فلا يكون مباحة فلا تنطأ بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب بهتك حرمة اسم الله تعالى فهو متأخر عن وقت الانعقاد باختيار مبدء لم يدخل في السببية ويرفعها عند الطريان بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع اللاحق ابي الحاق الغموس بالمنعقدة وفي هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل وكلامه ظاهر وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد رحمه الله نفى المؤاخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله يرجوان لا يؤاخذا الله بها صاحبها وعدم المؤاخذة باليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما علق بالرجاء نفى المؤاخذة بالصورة التي ذكرها

ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب في تفسير اللغو مروى عن زرارة بن ابي
 اوفى وعن ابن عباس رضي الله عنه في احدى الروايتين وروى عن محمد رحمه الله انه قال
 هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله وهو قريب من قول الشافعي رحمه الله فان عنده اللغو
 ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين
 عن ابن عباس رضي الله عنه وروى عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم انه قال في تفسير اللغو لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي
 فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة والخبر في الماضي خال عن فائدة اليمين لان فائدتها
 المنع او الحذل وذلك لا يتحقق في الماضي فكان لغوا وما في الخبر المستقبل فعدم القصد لا يعدم
 فائدة اليمين وقد ورد الشرع بان اليمين والحد في اليمين سواء ولقائل ان يقول في حصر
 الايمان على الثلاثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول الرجل والله اني لقائم
 الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير المذكور
 ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم وهو
 جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكرة والناسي وهوان يذهل
 عن التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطيء
 مكان الناسي وهوان يريد ان يسبح مثلا فجري على لسانه اليمين سواء حتى تجب
 الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين
 فان قلت اليمين عقد يقوي بها عزم الحالف على الفعل او الترك فهو من الافعال الاختيارية
 فكيف يكون الناسي فيه كالفاء قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص
 معارض بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان الحديث لانه محتمل ونص
 اليمين مفسر وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكرة والناسي
 وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه ناسيا ومكرا فهو سواء

(كتاب الايمان * باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا)

اي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذلك اذا فعله وهو مغشى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي وقوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغشى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب عليهما الكفارة وتثيرة الحكم وهو وجوب الكفارة دائر مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء دائر مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما تكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاصل فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث متحقق ظاهر فلا تصح اقامة الدليل مقام المدلول والله اعلم بالصواب *

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضرور الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم اربصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه والمراد بالاسم ههنا لنظير الالفاظ الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله باسماء فاعليها كالرحمة والعلم والعزة والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده او لا والثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون

دون المسلمين ومشائخنا العراقيون رحمهم الله على ان الحلف بصفات الذات يمين
وبصفات الفعل ايس يمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يميناً واعتذر وابانه القياس
والكنه ترك لمجتيه بمعنى المعلوم ومشائخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف
الناس على الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوا ليس يمين وهو مختار المصنف رحمه الله
يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفاً وقوله لان الحلف بها متعارف وقوله ومعنى اليمين
وهو القوة الى آخره ذكره استظهاراً لانه لما بني الايمان على العرف كان وجوده مغنياً عن
النظر الى غيره وقوله الاقوله وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف
بها عرفاً فان اليمين به اذا لم يكن متعارفاً كان استثناءً عن العرف منقطعاً والكلام في قوله
ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل في انه مذكور
للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكر معذرة عن وروده على اصلهم كما تقدم
وقوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بقدرته الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة
الله تعالى والمراد به اثره والالكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم
ومع ذلك يحلف بها والحق ان مبنى الايمان على العرف فمتعارف الناس الحلف به
كان يميناً والحلف بتدرة الله تعالى متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا
قال محمد رحمه الله وامانة الله تعالى يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادري وكأذنه
وجد العرب يحلف بامانة الله تعالى عادة فجعله يميناً كأنه قال والله الامين ومن حلف
بغير الله لم يكن حالاً مثل ان يقول النبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم
من كان منكم حالاً فليحلف بالله وليذر روى مالك رحمه الله في الموطأ عن نافع
عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه
وهو يسير في ركب وهو يحلف بآبيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهكم
ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالاً فليحلف بالله وليصمت قال المصنف رحمه الله اما لوقال انا

برئ منهما يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن
كفر ولتأمل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه
كفرا ليس بيمين ولا يستلزمها الا يرى انه لو قال بحبوتك لا فعلن كذا واعتقد ان البر به
واجب كفروا ليس بيمين والجواب سيجي عند قوله ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني
قوله والحلف بحرف القسم الحلف بالله انما يكون بحرف القسم ظاهرا او مضمرا وبحرف
حروف القسم وكون الباء اصلا وغيره بدلا وجواز اضمار الحرف والنصب بعد الاضمار
على ما اختاره البصريون او الجرجاني ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل
والاصولي يبحث عنهما من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والواصل الى حد الاشتغال
بكتاب الهداية لا بد وان يكون قد خالف ذلك وراءه والفرق بين الاضمار والحذف
بقاء اثر المضمردون المحذوف والمصنف رحمه الله ذكر في الاضمار في الرواية والحذف
في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجرح
والحذف بالنظر الى النصب وقوله وكذا اذا قال لله في المختار احتراز عما روي عن ابي حنيفة
رحمه الله انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي ان الصيغة
صبغة النذر وحتمل معنى اليمين ولا اثر لتعيين الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة
القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب وقوله قال ابو حنيفة رحمه الله ظاهر
وقوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد يريد الفرق بين والحق وحقا بان المعروف اسم
من اسماء الله تعالى قال الله تعالى وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ وَالْحَلْفُ بِهِ مَتَعَارَفٌ فَيَكُونُ
يَمِينًا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكأنه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس
فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين ولو قال اقسم اقسام بالله او احلف او احلف بالله ظاهر
واعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا
للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسام لا يكون موجبا من البر شيئا بمجرد لانه

لانه لم تعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما تكون لسر الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله تعالى وليس في اقسام مجرد هتك حرمة اسم الله تعالى فكيف يكون هو موجبا للكفارة لان قوله اقسام صيغة فعل مضارع فكما يكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة من حيث انها للحال لم تجب من حيث انها للاستقبال ولم تكن واجبة قبل هذا فلا تجب بالشك لا سيما في حق الكفارة فانها ملحقه بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحود واجيب بانه الحق بقوله علي يمين وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة علي للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب وانما موجبه يوصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن ههنا او خلقه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا بالكفارة صونا للكلامه عن الالغاء لذلك وقوله اقسام اخبار عن القسم في الحال ومائمه قسم لانه عبارة عن جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم يوجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق الخلافة لذلك واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الي وجوب البر ابتداء ولا الى تصوير هتك حرمة اسم الله ولا الى جعل تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما ترى يشير الي انه قال علي يمين او اقسام ولم يزد على ذلك اما اذا كان اقسام لا فعلن كذا او علي يمين ان افعل كذا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد يقوي به عزم الحالف على الفعل او الترك وهو موجود والعادة قد جرت باليمين به قال الله تعالى اذ اقسموا ليصر منها مصبحين وقال واقسموا بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم ليرضوا عنهم وقال يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك لرسول الله وقال فشهادة احدى اربع شهادات بالله وكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المتسم به ايضا كذلك وهو حجة على زفر رحمه الله في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية ان الم يذكر اسم الله فقبل لا يحتاج اليها وقبل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قوله** وكذا قوله لعمر الله هذا معطوف على اصل المسئلة

وهو قوله اقسم الي آخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لَعَمْرُكَ والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي وايم الله معناه ايمس الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع هذنها وصلها وغير ذلك وظيفة نحوية وقوله والحلف باللفظين يريد قوله لعمر الله وايم الله متعارف يحلف بهما عادة ولم يرد نهى من الشرع فيكون يمينا وقوله وكذا عهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال علي نذرا ونذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا ولم يتم فعله كثرة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافرا ومجوسي كان يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره يجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال وهذا جواب من قال ان ابا بري من الكعبة او النبي صلى الله عليه وسلم فانه يكون يمينا وان كان ذلك كفرا لانه اعتقد ان البراءة واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد رحمه الله انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهو يمينان وان قال هو يهودي ونصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حيث ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشي قد فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كذا لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف كذلك اذا كان في الماضي وقيل وهو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه عاق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تجيز فكأنه قال هو يهودي * قال في النهاية واصحح انه اذا كان عالما يعرف انه

يعرف انه يمينا فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يكفر في الماضي والمستقبل لانه لما قدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء تحتل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقه فانهما يحتملان النسخ واكن ذلك الفعل المقصود بالزنا والعين المقصودة بالسرقه بعينه جازان يكون حل لاله بوجه النكاح وملك اليمين فسمي احتمال انقلابهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبيلا واما الخمر والربوا فيحتملان النسخ في نفسه وان لم يرد النسخ في حقه الا يرى انه يحل في دار الحرب واقول في كلام المصنف رحمه الله لف ونشر على غير السنن وذلك لان قوله نسخا متعلق بشرب الخمر واكل الربوا وقوله تبديلا بالزنا والسرقه ويراد بالتبديل انقلاب المحل كما ذكره وهذا افادة والحمل على ما ذكره صاحب النهاية اعادة والحمل على الاولى اولى فاذا كان كذلك لم تكن حرمة هذه الاشياء في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمة لا يحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف فلا يكون يمينا والله اعلم بالصواب *

فصل في الكفارة

لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب وهو الكفارة لكن هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم تشرع للكفارة بل تنقلب موجبة لها عند انتقاضها بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احدا الاشياء على التخيير او واحدا معين عند الله وان كان مجهولا عندنا وعدم حمل الشافعي رحمه الله المطلق على المتقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمه وقوله وهو الصحيح احتراز عماروي في نوادر بن سماعه رحمه الله انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل المرأة لا يجوز

(كتاب الايمان * باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً * فصل في الكفارة)

وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العرى بقدر ما يجوز به الصلوة لان ستر العورة فرض لا يجوز الصلوة بدونه اما ما زاد عليه ففضل يعتبر للتجمل والتدفؤ فلا يؤخذ عليه في الكسوة كما لا يؤخذ على الادام في الطعام وقوله ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكساء لا يحصل به ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كلا منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي به كل واحد منهم ويجزيه من الطعام وهل يشترط النية اولاً ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية يجزيه نوى ان يكون بدلاً عن الطعام اولم ينو وعن ابي يوسف رحمه الله اذا نوى ان يكون بدلاً من الطعام يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال لانه اذا هابعد السبب وهو اليمين لانه انضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبه التكفير بعد الجرح ولما ان الكفارة استر الجنابة ولا جناية ههنا لانها تحصل بهنك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وقوله واليمين ليست بسبب جواب عن قوله لانه اذا هابعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضياً واليمين غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه لانه قصد شيئين ستر الجنابة وحصول الصواب ولم يحصل الا اول لعدم الجنابة فيحصل الثاني فيكون قد وفعت صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يتكلم اباه او ليقتلن فلا نايهغي ان يحنث

ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم يكفر عن يمينه معناه من حلف على قسم عليه من فعل او ترك لان اليمين مركبة من قسم به وهو بالله ومتقسم عليه وهو قوله لا فعلن كذا اولا افعلن فكان من باب ذكر الكل وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظرا لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسام يقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولان فيما قلنا يعني اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر والكفارة لما ان الجابر يقتضي سبق خلل المجبور وهو خلل اليمين بالحنث فيما قلنا فتصلح الكفارة جابرة ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضده ما قلنا اي لا جابر لمعصية الحنث فيما قاله الشافعي رحمه الله لان الحنث لما تأخر عن الكفارة لم تصلح الكفارة السابقة جابر لذلك الحنث لان الجابر لا يتقدم كذا في النهاية * وقال في بعض الشروح ولان فيما قلنا اي في تحنيت النفس والكفيرة بعد ذلك تفويت البر الى جابر والجابر هو الكفارة والغوات الى جابر كلا فوات فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق تحصل المعصية بلا جبر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة فلماذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر بالمال لان اليمين تعتد للبر وهو من اهله لانه انما يتحقق ممن يعتد تعظيم حرمة اسم الله تعالى وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا انه ليس باهل لليمين لانها تعتد لتعظيم الله ومع الكفر لا يكون معظما اذ كفرهاته واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف الاستحلاف

(كتاب الايمان * باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا * فصل في الكفارة)

في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول والافرار
والكفر لاينا في ذلك **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول حرمت
على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصرم محرما لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل
شيئا مما حرمه قليلا او كثيرا حث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه
لان تحريم الحلال قلب المشروع وقلب المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين
كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينسب عن اثبات الحرمة فاما ان يثبت به حرمة
لعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او غيرها باثبات موجب اليمين وفيه
اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير
يندفع ما قيل ان يبين قوله لم يصرم محرما ويبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة
انما تستعمل فيما كان ثمة تحريم وقوله لم يصرم محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصرم محرما
معناه محرما لعينه وقوله ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بان اليمين اما
بان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء الله تعالى او صفة من صفاته كما تقدم او بان
يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا واجب بسقوطها لقوله تعالى
فَدَفَرَضَ اللَّهُ لَكُمُ تَحْلَةَ اَيْمَانِكُمْ بَعْدَ قَوْلِهِ لَمْ تُحَرِّمَ مَا حَلَّ اللَّهُ لَكَ فِي تحريم العسل او تحريم
ما رية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأي لا يعارض النصوص
السعدية واوقال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك
والتياس ان يحث كذا فرغ لان قوله هذا في قوة ان يقال والله لا فعل فعلا حلالا فدفع فعلا حلالا
وهو النفس وفتح العينين فيحث وهو قول زفر رحمه الله ووجه الاستحسان ان اليمين تعقد
للمر وهو لا يحصل مع اعتبار العدوم لامتناع ان لا يتنفس ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم
ارادة العدوم فيصير الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف فان العادة جارية باستعماله
في المتناولات واذ لم يكن العموم مراد الايتناول المرأة الابالنية واذ انواها كان ايلاء لما بينا ان

ان هذا الكلام یبین فیكون معناه والله لا افریک وهو من صور الایلاء وهذا جواب
ظاهر الروایة ومشائخ بلخ کابی بکر الاسکاف وابی بکر بن ابی سعید والنقیبة
ابوجعفر وبعض مشائخ سمرقند رحدهم الله قالوا یقع به الطلاق من غیر نية اعلیة الاستعمال
وعلیه الفتوی وقوله وكذا ینبغي ظاهر ولم یذكر ما لو قال هرجه بدست چپ گیرم بروی
حرام وقد قیل لا یقع به الطلاق وان نوى ولو قال هرجه بدست راست گیرم کان
طلافا قیل یقع به الطلاق وان لم ینو قیل لا یتع الا بالنية ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله
علي صوم سنة ولم یعلقه بشیء فعلیه الوفاء به لقوله صلى الله علیه وسلم من نذر وسمی فعلیه
الوفاء بما سمی وان علق النذر بشرط سواء کان شرطا اراد کونه اولم یرد فوجد الشرط فعلیه
الوفاء بنفس النذر ولا ینتفعه کفارة الیمین لا طلاق الحدیث فانه لم یفصل بین کون النذر
مطلقا او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط کالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم یجزه
الكفارة فكذا ههنا وعن ابی حنیفة رحمه الله انه رجع عنه ای عن تعیین الوفاء بنفس النذر
الی القول بالتخیر بین کفارة الیمین و بین الوفاء بذلك وقال اذا قال ان فعلت کذا فعلی
حجة او صوم شهرا و صدقة ما املکه اجزاه من ذاک کفارة یبین وهو قول محمد رحمه الله
ویخرج عن العهدة بالوفاء بما سمی ایضا حتی لو کان معسرا کان متخیرا بین ان یصوم
ثلثة ايام وان یصوم شهرا وهذا مروی عن ابی حنیفة رحمه الله فی النوادر ووجهه ما روي
فی السنن مسندا الی عقبه بن عامر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله علیه وسلم قال کفارة
النذر کفارة الیمین قالوا هذا اذا کان شرطا لا یرید کونه لان بین الحدیثین کما ترى معارضة
فحملوا الحدیث الاول علی النذر المرسل وعلی مقید اراد الحالف کونه والثانی علی
مقید لا یرید کونه جمعا بین الآثار والمعنی الفقهی فی ذاک ان فی الشرط الذي یرید کونه
کلاما یشتمل علی معنی النذر والیمین جمعا اما معنی النذر فظاهر واما معنی الیمین
فلانه قصد به المنع عن ایجاد الشرط فیتخیر ویمیل الی ای الجھتين شاء والتخیر بین التلیل

(كتاب ان * باب ما يكون وما لا يكون بهينا * فصل في الكفارة)

والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبادة اذا اذن له مولاة بالجمعة
فانه مخير بين اداء الجمعة وكعتين وبين اداء الظهر اربعاً والنذر واليدين معنيان مختلفان
لان النذر قرينة مقصودة واجب لعبته واليه من قرينة مقصودة لغيرة وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى
بخلاف ما اذا كان شرطاً يريد كونه كقوله ان شفى الله مرضي لا نعدم معني اليدين فيه
وهو المنع لان تصدده اظهار الرغبة فيما جعله شرطاً قال المصنف رحمه الله وهذا التفصيل اي
الذي ذكرنا يبر. شرطاً لا يريد كونه وبين شرط يريد هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد حصر
الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح لانه غير ظاهر الرواية وان اراد حصرها فيه من
حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احد هما على المرسل والآخر
على المعلق من غير تفرقة بين ما لا يريد كونه وما يريد على ان فيه ايماء الى المقصود
في الذهاب الى ظاهر الرواية من حلف على يمين اي على متقسم عليه من فعل اوترك
وقال ان شاء الله تعالى متصلاً بيمينه فلا حث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على
يمين فقال ان شاء الله تعالى فقد بر في يمينه رواه ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
وقوله فقد بر في يمينه معناه لا يحث ابد العدم انعتاد اليدين وقوله الا انه لا بد من الاتصال
استثناء من قوله فلا حث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين فان قلت هذا
تعامل في مقابلة النص فان الحديث باطل لانه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلالة
من النصوص وغيرها على لزوم العقود هي التي توجب الاتصال فان جواز الاستثناء
منفصلاً ينضي الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرهما من ان تكون
مستلزقة وفي ذلك من النسأ ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الأدلة فيحمل
حديث الاستثناء على الاتصال نوبتاً بين الأدلة وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه
جواز الاستثناء منفصلاً وفيه ما ذكرناه والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة في اليمين فذكرها في ابواب وقدم الدخول والسكنى على غيرهما من الاكل والشرب ونحوهما لان اول ما يحتاج اليه الانسان الذي يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه سائر الافعال من الاكل والشرب وغيره واليه وقعت الإشارة في قوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فِرَاشًا وَالسَّمَاءَ بِنَاءً الْآيَةَ والدخول عبارة عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون في مكان على سبيل الاستقرار مصيبتا لاهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهرا والبيعة معبد للنصارى والكنيسة لليهود وقوله ان البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البتاع ما أعدت لها اعترض عليه بان الله تعالى سمي الكعبة بيتنا قال ان اول بيت وضع للناس يسمى المساجد بيوتا بقوله في بيوت اذن الله واجيب بان الايمان مبنها على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى ان الله تعالى سمي بيت العنكبوت بيتا ومطلق اسم البيت في اليمين لا يتناول واستشكل بما قال في الفوائد الظهيرية اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجيء الجواب ان شاء الله تعالى وكذا اذا دخل دهليزا وظلة باب الدار قال في المغرب ظلة الدار هي السترة التي فوق الباب وقول المصنف رحمه الله والظلة تكون على السكة اراد بها السباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا يطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقدي يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز ظاهرا وان دخل صفة حنث لانها تبني للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشئوي والصيفي الذي

يبنى للبيتوتة فيه شتاء وصيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت
صفا فهم اي صناف اهل الكوفة ذكر عن ابي حازم القاضي ان هذه اشكلت علي
حتى دخلت الكوفة فرأيت صفا فهم مبنوتة فعلمت ان الايمان وضعها علي تعارفهم
وقيل الجراب مجري علي اطلافه يعني سواء كانت ذات حوائط اربعة او ثلثة هو الصحيح
دون الحمل علي عرفهم لان البيت اسم لمبنى مستقف مدخله من جانب واحد بني
للبيتوتة وهذا المعنى موجود في الصفة الا ان مدخلها اوسع فيتناولها اسم البيت فيحتمل
ومن حاف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحتمل ولوحاف لا يدخل هذه الدار
فدخلها بعدما تهدمت وصارت صحراء حتم لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم
يقال دار عامرة ودار غير عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبید * (شعر)
عفت الديار محلها فبقا منها * بمنى تابد غولها فرجامها * عنا يعنومتعد ولازم وهه الازم
تابد المنزل اي اقر والفنه الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب
ما كان منها للحلول وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى فقد توحشت الديار
الغولية والرجامية وقال فائلهم * الدار دار وان زالت حوائطها * والبيت ليس بيت بعد
تهديمه * وهذا ظاهر وقوله والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب
معتبر لما ذكر في الاصل ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما فاذا كانت مشارا
اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الي المعرف بخلاف المنكر فانه لا معرف له سوى
الوصف فيكون معتبرا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرا في المنكر
لما وقعت المشتراة للموكل اذا وكل رجل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها غير موصوفة
وهذا انقض اجمالي والثاني ان البناء لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن
فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن
داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا حلف لا يكلم رجلا

وجلا لا يتيد يمينه برجل فاعد عالم الى غير ذاك من الصفات الخارجة منه وهذه معارضة
 واجيب من الاول بان الدار في الوكالة تعرف بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح
 عند بيان الثمن وليست فيما نحن فيه كذلك ولا يلزم من صحة انعقاد الوكالة صحة
 انعقاد اليمين بلاصفة وعن الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مراد
 بحكم العرف لتعينه وفي الرجال النزاحم في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة
 والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها يتمتع ارادتها عادة وليس البعض اولى
 من البعض في الارادة فيمتنع اللاحق اصلا كذا في النهاية محالا على الفوائد الظهيرية
 ورد بان البناء ضد الخراب فكانت الدار محل تواردها فكيف صار البناء صفة متعينة فهو
 في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكورة من التتسيم غير حاصر لجواز ان يكون
 داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف
 لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد
 الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحث لا اعتراض اسم
 آخر عليه ومن ضرورة حدوث هذا الاسم زال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما يسهل
 دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام ظاهر **قوله** وان حلف لا يدخل
 هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحرا لم يحث لزوال اسم البيت فانه لا يمت
 فيه حتى لو بنيت الشيطان وسقط السقف يحث لبقاء الاسم قال الله تعالى فَنَلِكْ
 بيوْتَهُمْ خَاوِيَةً فِي بيوْتٍ منه دُمة السقوف ولانه يمت فيه فكان السقف وصفا فيه *
 وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وانه
 صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا في
 البيت المحلوف عليه فلا يحث كذا في الشروح ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوق
 على سطحها بالصعود اليه من خارج حث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما

احاط به الدائرة وهو حاصل في علوها وسفلها الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل والبناء وصف فيها وتيل اذا وقف على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الميث رحمه الله في التوازل ان كان الحائض من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ذكره القدوري رحمه الله مطلقا وقال المصنف رحمه الله ويجب ان يكون على التخصيص الذي تقدم يعني به قوله اذا اغلق الباب يبقى داخل وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر وقوله وجه الاستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلبنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال بدل الانفصال اولى لكونه حركة آنية تسمى ثقله وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقول زفر رحمه الله قياس وقولهم استحسان وحاصل كلامه ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله والناصل بينهما قبول التاقية وعدمه فما قبل التاقية قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فَلَا تَعْدُ بَعْدَ الذِّكْرِى مَعَ الْقَوْمِ الظَّالِمِينَ اى فلا تعدك قاعد الا انه صلى الله عليه وسلم كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لها كما ركبت فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت وان مكثت مثلها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة كما تعم الافعال فيشكرر الجزء بتكرار الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلى ان تصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزمه اكثر من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مراد اول هذا فلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت

في كل وقت يدكنه النزول والركوب درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت يوماً وخرجت يوماً ولكن لا بمعنى المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سداً محتملاً وان كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء لانه حقيقة فيه اذ لم يكن راكباً وانما اذا كان راكباً فالابتداء من محتملاته وقوله ومن حلف لا يسكن هذه الدار يعني وهو متاعل بدليل قوله فخرج ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم يكن متاعلاً بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه لم يحنث والمتاعل اذا حلف فاما ان حلف على الدار او المصراو القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفى بنقله الى مصر آخر على ما روي من ابي يوسف رحمه الله وان كان الثالث فقد اختلف المشائخ فيه حملها بعضهم على الدار وبعضهم على المصرو هو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا ثم اختلفوا في كيفية الانتقال على ما ذكر في الكتاب واعترض على قول ابي حنيفة رحمه الله بان سكناه كان بجميع ما كان معه من الاهل والمتاع واذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل منتف بانتفاء البعض واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ايس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبرو قال في المينابيع ان لم يمكنه النقل من ساعته بعذر الليل او بمنع ذي سلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حاله الضرورة مستثناة خلافاً للزفر رحمه الله وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شريفاً وضعيفاً لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجد بالمعدوم للتعدرون وقص بما ذكره الشيخ الامام ابيه بكر محمد بن الفضل رحمه الله ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراًته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامرأته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة في منزلي فانت طالق فمنعها الوالد من الحضور يحنث واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث

(كتاب الايمان * باب اليمين في الخروج والالتيان والركوب وغير ذلك)

السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود الموانع المذكورة واما في صورة النض بشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبرؤ قيل يبرؤ لانه لم يبق ساكنا ليل الا اول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فمالم يتخذوطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا اذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بداله ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بهاركتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بداله في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن بمكة ورجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي في الكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة فائم مالم يتخذوطنا آخر فكذا اذا روي بعض الشروح قوله قالوا لا يبرؤ معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى الضرورة والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الخروج والالتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج ههنا ظاهرا لتناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول واما الالتيان والركوب فمما يتحقق بعد الخروج فاستصحبهما ذكر الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذا الحكم في الدار والبيت وقوله ولو اخرجه مكرها صورته ان يحمله انسان فيخرجه مكرها لانه حينئذ لم يوجد منه الفعل لاحتيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكروه يحنث لو حدود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والفته فيها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمه الله فانهم قالوا انه يحنث لما انه لما كان متمكنا

متكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقوله والمضي بعد ذلك ليس بخروج
يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخلى الى الخارج ولم يوجد وقوله ومن
حاف لا يخرج الى مكة ههنا ثلثة الفاظ الخروج والايان والذهاب والاول شرط
الحث به الانفصال بهجورة عمران مصره قاصدا على ذلك دون الوصول قال الله
تعالى وَمَنْ يُخْرِجْ مِنْ بَيْتِهِ مَخْرَجًا إِلَى اللَّهِ ارَادَ بِهِ الْإِنْفِصَالُ والثاني شرطه الوصول
قال الله تعالى فَأَيُّ فِرْعَوْنَ فَأَذا وصل حث سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث
اختلف فيه المشائخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الايتان لقوله تعالى اذْهَبْ إِلَى فِرْعَوْنَ
والمراد به الايتان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى اِنْدَابِ يَدِ اللَّهِ
لِيَذْهَبَ عَنْكُمْ الرَّجْسُ أَعْلَى الْبَيْتِ وَالْإِذْهَابُ الْإِزَالَةُ فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه
الوصول قال المصنف رحمه الله وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال * ولو حلف ليايته
فدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة تطلق على
معنيين احدهما صحة الاسباب والآلات قال الله تعالى وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ
مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وفسره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالراد والراحلة والثاني القدرة
الحقيقية وهو نوع على حدة يترتب عليها الفعل عند ارادة جازمة بخلقه الله تعالى عند الفعل
لاقباه عندنا قال الله تعالى مَا كَانُوا يَسْتَطِيعُونَ السَّمْعَ اذ اعرفت هذا ففيمانحن فيه كلامه
ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عني الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق
فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اي اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا لما بينا
لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف
وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا يخرج امرأته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة
حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بلا ان حث لان المستثنى خروج مقرون
بالاذن لان تقديره والله لا تخرجي الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي

(كتاب الايمان * باب اليمين في الخروج والانبان والركوب وغير ذلك)

ماصتا وملصقا به فيكون ما ورائه ابي وراء المستثنى داخل تحت الحظر العام ولونوي
 الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا
 لمقتضى الباء ولو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله
 تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فكان تكرار الاذن لازما واجيب بان ذلك
 بدليل خارجي وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي صلى الله عليه وسلم وتنام
 التقرير فيه ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنى قوله لان هذه كلمة غاية يفيد معنى الغاية
 لان الا ان ليس موضوعا لهابل للاستثناء وتعذر حملها عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن
 حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى لمناسبة بينهما وهوان حكم ما قبل الغاية بخالف
 ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده **قوله** واوارادت المرأة الخروج
 صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر
 اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث ثقيل جاء فلان وخارج
 من فورة ابي من ساعته وتنفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره ابي باستنباطه وكان الناس
 قبله يعلمون اليمين نوعين مؤبدة وموقته لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث
 وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذ من حديث جابر وابنه رضي الله عنهما حين دعا
 الى نصرة رجل فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه ولم يحثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف
 في العادة يتصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي تهيات لها لا من الخروج على التأييد
 فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة واثبت اليمين فلا يحث بعد ذلك وان خرجت
 والعرف له اعتبار في باب الايمان فعلى هذا الوارد الرجل ضرب عبده فقال اخران ضربته
 فعبدني حريتي قد بلك الضربة وعلى هذا اذا قال له رجل اجلس فتعد عندي فقال ان تغديت
 فعبدني حرو كلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يجعل مبتدأ لانه زاد على مقدار الجواب
 نفى تطبيقه على السؤال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا يضر كونه جوابا للسؤال الا يرى

الابرى الى قوله تعالى هِيَ عَصَايَ اَتَوَكَّوْا عَلَيْهَا وَاهْشُ بِهَا عَلَى غُنْدِي وَلِيَّ فِيهَا
 مَا رَبُّ اُخْرَى فِي جواب قوله وَمَا تَلَّكَ يَمِينِكَ يَا مُوسَى كيف زاد على مقدار الجواب
 وهوان يقول عصاي ولم يخرج من كونه جوابا اجيب بان كلمة ماتستعمل للسؤال
 عن الذات والسؤال عن الصفات وحدث وقعت في حيز السؤال اشبه على موسى
 على نبينا وعليه الصلوة والسلام ان السؤال وقع عن الذات او الصفة فجمع بينهما ليكون مجيبا
 على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الغوائد الظهيرية وفيه نظر لان اهل البلاغة
 قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العتلاء والعصا لم تكن عاقلة سلمنا لكن الافعال المستندة
 الى مرسى لا تكون اوصافا ولئن كانت لا تكون اوصافا للعصا فاقول الزيادة على حرف
 الجواب لا يصرفه عن كونه جوابا البته وانما يجعل كلا ما مبتدأ اذا كان ثمة مصرف
 يمكن حمله عليه اعمالا للزيادة كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه
 جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدأ قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان الدابة
 في اللغة كل ما يدب من الحيوان اي يتحرك مشيا على وجه الارض قال الله تعالى
 وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَتَعَلَّقُ الرُّكُوبُ بِهَا بِعَيْنٍ مَا يَرْكَبُ مِنْهَا مَرَادَا
 كالفرس والبغل والحدير والبعير والبقر والجاموس والغنم في القياس واستحسن العلماء
 في عند اليمين على ما يركب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير آخذا من قوله
 تعالى وَالْخَيْلَ وَالْبُغَالَ وَالْحَمِيرَ لَنُرْكَبَهُنَّ كَرُمًا مِنْهُ الرُّكُوبُ فِي هَذِهِ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ فَمَا فِي الْأَنْعَامِ
 فَقَدْ ذَكَرَ مَنْعَتَهُ الْأَكْلَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ الْآيَةُ وَبِالْعَرَفِ فَانَّهُ إِذَا قِيلَ رَكِبَ فُلَانٌ
 دَابَّةً لَمْ يَفْهَمُ مِنْهُ أَحَدٌ أَنْهُ رَكِبَ الْبَقْرَ وَالْغَنَمَ وَأَنْ كَانَ يَرْكَبُ فِي بِلَادِ الْهِنْدِ إِلَّا أَنْوَى الْجَمِيعِ
 فَيَكُونُ عَلَى مَا نَوَى لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَفِيهِ تَشْدِيدٌ عَلَيْهِ وَإِذَا عُرِفَ هَذَا مِنْ حَافٍ
 لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فُلَانٌ فَرَكِبَ دَابَّةً عَبْدٌ مَا ذُوْنُ لَهُ مَدْيُونٌ أَوْ غَيْرُ مَدْيُونٍ لَمْ يَحْثُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ
 رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا إِذَا لَمْ يَنْوِ فَمَا إِذَا نَوَى رَكُوبَ دَابَّةٍ الْعَبْدُ فَيَحْثُ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ

مستغرق لا يحنت وأن نوى لانه لا ملك للمولى فيه مائة اي فيما يملكه العبد المديون
عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو اعتق عبد عبده لا يعتق ويلحق مما ذكرنا المستثنى منه
في قوله الا انه اذا كان عليه دين وهو المقدار الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق
او لم يكن عليه دين لا يحنت مالم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد
عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع
عبد اوله مال فماله لمولاة فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه
الله يحنت في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق
او دين مستغرق اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى
عنده الا انه ولا يضاف الى العبد فتختل الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطابق
الاضافة الابالية وقال محمد رحمه الله يحنت في الوجوه كلها وان لم ينوه لاعتبار حقيقة
الملك للعبد اذا الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما *

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان اليمين
مايهما واعلم ان ما يصل الى جوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه مأكول ومشروب
ومصوص وملعوق فالماكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لالمص حتى لو ابتلع ما يتأتى
فيه المضغ من غير مضغ يسمى اكلًا والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل
لبنا فشربه لم يحنت ولو حلف لا يشربه فشربه فخر فيه واكل لم يحنت والمصوص وهو ما يحصل
بعلاج اللهاة فلو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فمضغه ورمى ثقله وابتلع ماء لم يحنت
لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول باللسان بالاصبع والشفاة اذا عرف هذا
رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو علي ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة وما اذا لم تكن

لم تكن فاليمين تنع على نفسها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اي ما لا يؤكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة المسبب مجاز شائع ولكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك الثمر ليس بشئ فلا يحصل بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد بالمطبوخ وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احتراز عما اذا اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ومن حلف لا يأكل من هذا البسر ظاهرا وكلامه يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف يدعون ذلك الوصف الى اليمين تنقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث ومن حلف لا يأكل من هذا البسر والرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا او اللبن شيرا او هو الذي استخرج ماؤه نصارا كالفالونج الحائتر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبا مظنة للسفاه والشباب شعبة من الجنون فكنا وصفين داعيين الى اليمين وقدزالا عندا الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الى آخره ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن الشرع استطاعت اعتبارها لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانهقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة فيحنث في بمينه واعترض على دليل الكتاب باننا سلمنا ان هجران المسلم حرام اكن الحرام يقع محالوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان الحقيقة يجوز ان ينزك بهجران الشرع فيما اذا كان الكلام محتملا للمجاز محتملا لامر المسلم على الصلاح فاما ان اليمين تنعقد على الحرام المحض فلا كلام فيه ومن حلف لا يأكل لحم

هذا الحمل ظاهر **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا هذه المسئلة على أربعة اوجه اذا حلف لا يأكل بسرا فاكل بسرا مذنباً بكسر النون وهو ما بدأ الارطاب من قبل ذنبه وهو ما سفل من جانب القمع والعلاقة وتفسيره هو الذي عامته بسرو فيه شيء من الرطب حث في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا يأكل رطباً فاكل رطباً مذنباً هو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حث في قولهم ولو حلف لا يأكل بسراً فاكل رطباً فيه شيء من البسر حث في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يحث ولو حلف لا يأكل رطباً فاكل بسراً فيه شيء من الرطب حث عنده خلافاً لهما على رواية الكتاب وذكر في الايضاح وشرح الجامع الصغير قول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله في انه يحث في هاتين الصورتين قال صاحب النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسدى رطباً اذا حلف لا يأكل بسراً فاكل الرطب المذنب فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطباً فاشتري بسراً مذنباً لا يحث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب فيحث في الصورتين وأن كان احدهما غالباً والآخر مغلوباً الا يرى انه لوميزة فاكله حث بالاتفاق فكذا اذا اكله مع غيره واستشكل بما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحث وأن شرب المحلوف عليه وزيادة وأشار المصنف رحمه الله الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهاكاً ولهذا لا يرى مكانه فلم يكن كل واحد منهما مقصوداً بالشرب **قوله** بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء وهو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري رطباً كالبیان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا يأكل لحماً فاكل السمك لم يحث والاصل فيه ان اللفظ اذا تناول افراداً وفي بعضه انواع قصور لا يدخل القاصر تجته ولحم السمك فيه قصور لان اللحم من الالتحام

من الالتحام والالتحام بالاشتداد ولا اشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال
المصنف رحمه الله لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم
قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطابق وموضعه اصول الفقه وان اكل لحم الخنزير
او الانسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد ينقد للنع من الحرام واعترض
بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناف وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير
والانسان حرام محض فكيف تعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة
تجب بعد اليمين التي تنقض بالحنث وقد وجدت وكون الحنث بامر مباح او حرام
لا مدخل له في ذلك اشار الى هذا بقوله واليمين تنعقد للمنع عن الحرام وقوله وكذا اذا
اكل كيدا ظاهر وقوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يتضمنها والقسم
الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا
عقد يمينه على اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة رحمه الله
كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكره شيخ الاسلام في ايمان الاصل وهذه المسئلة
على ثلاثة اوجه احدها ان ينوي ان لا يأكل حبا كما هي فاكل من خبزها او سويقها لا يحنث
بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا يأكل ما يتخذ
منها لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث
عند ابي حنيفة رحمه الله خلا فالحما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه
على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه
اصول الفقه ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث بالاتفاق لان
عينه غير مأكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصاري المجاز وهو ما يتخذ منه ولو استقاه اي
اكله من غير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض
مشائخنا رحمهم الله انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر بالحقيقة لا تسقط به

(كتاب الايمان * باب اليمين في الاكل والشرب)

وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح انه لا يحنت لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف سقط اعتبار الحقيقة كما قال لا جنبية ان تكنتك فعبده حرفزنى به لا يحنت لان يمينه لما انصرفت الى العقد لم يتناول حقيقة الوطى وقوله ولو حلف لا يأكل خبزاً على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي آمل ولا يتناول قيل اصلها تبرستان لان اهله البحارون بالشبر وهو الفاس فعربوه الى طبرستان وقوله ومن حلف لا يأكل الشواء ظاهر وقوله وهذا لان التعديم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ ونحن نعلم يقيين انه لم يرد ذلك فينصرف الى خاص وهو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قالوا قيد بقوله بالماء لان القليلة اليابسة لا تسمى مطبوخاً فلا يحنت بالكلها ومن حلف لا يأكل الرأس فيمينه على ما يكبس في التناير يضم بالتور يعني يدخل فيه من كبس الرجل رأسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان رأس الجراد رأس حقيقة وليس بمواد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنت بالاكل اذا حلف لا يأكل لحماً واجيب بما حاصله الفرق بان الرأس غير مأكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التناير ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنت باكل لحم الانسان والخنزير فان قيل الحقيقة وان لم تكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً والمهجور شرعاً كالمهجور عادة وفي المهجور شرعاً يصار الى المجاز كما في المهجور عادة فلت المهجور شرعاً هو الذي لا يكون شيء من افراده معمولاً به كالحلف على ترك كلام الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشرى فان الرأس يشترى بجميع اجزائه فلم تكن الحقيقة متعذرة اجيب بان الرأس ما لا يجوز اضافة الشراء اليه كـ رأس النمل والذباب والآدمي فكانت متعذرة ومن حلف لا يأكل فاكهة فاكل عنباً وورماناً او رطباً او قثاء او خياراً لم يحنت وان اكل تناها او طمخاً او مشمشاً حنت وهذا عند

عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحسن في العنب والرطب والرمان يعني لاني القثاء والخبار
 فكانت المسئلة على ثلثة اوجه في وجه يحسن بالاتفاق وهوان تقع يمينه على ثمر كل شجر سوى
 العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك الرطب واليابس وفي وجه لا يحسن بالاتفاق
 وهوان يأكل الخبار والقثاء لانه يؤكل مع البقول وفي وجه اختلافه وهوان العنب والرطب
 والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر الا ما ذكره فقوله زيادة على المعتاد اي على
 الغذاء الاصلي حتى يسمى الثمار فاكهة والمزاج فاكهة لوجود زيادة التنعم فيها **قوله** والرطب
 واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه ويابس هذه الاشياء
 لا يعد فاكهة فيجب ان يكون الرطب كذلك وقوله لانهما من البقول تبعان بائع البقول
 هو الذي يبيعها لا غير وما اكل فانهما يوضعان على الموائد حيث يوضع النعناع والبصل
 وقوله ان هذه الاشياء مما يتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان
 ولهذا كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب
 فالتوابل جمع التابل بفتح الباء وكسرهما والاصل في هذا ان اللفظ اذا اطلق على افراد
 في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم اشتقاقه لم يتناول كما تقدم في صورة
 النقصان في اللحم **قوله** ولو حلف لا يأتم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام اصطبغ على
 بناء المفعول كذا كان مقيد بخط الثقة وهو فاعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل
 ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا يأتم اي لا يأكل ادا ما فكل شيء اصطبغ به
 فهو ادام ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشواء ليس بادام وهذا
 عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في رواية الاصل وقال محمد رحمه الله
 ما يؤكل مع الخبز غالباً فهو ادام وهذا رواية عن ابي يوسف رحمه الله وحاصل ذلك
 على ثلثة اوجه ما يصطبغ به فهو ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر ومثاله ما
 يؤكل وحده غالباً ليس بادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والحب اختلاف جعلها محمد

كتاب الايمان * باب اليمين في الاكل والشرب (

رحمه الله ادا ما خلا فالهما محمد رحمه الله ان الادم من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادم ما يؤكل كل تبعا في العرف والعادة والتبعة على نوعين حقيقة وذلك في الاختلاف ليكون اقائما به وحكمة وهي ان لا يؤكل على الانفراد واللحم لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويؤكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون ادا ما وقوله وتام الموافقة بالامتزاج جواب عن قوله لان الادم من الموادمة يعني سلامته ولكن الموادمة التامة الكاملة في الامتزاج ايضا ولم يوجد في هذه الاشياء الا ان ينويه لما فيه من التشديد بخلاف الخل وغيره من المائعات فانها لا تؤكل وحدها بل تشرب والملح لا يؤكل وحده ويذوب فيتبع فكان ادا ما والغنم والبطيخ ليس بارام يعني بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقال بعض مشائخنا رحمه الله انه على هذا الاختلاف وقوله واذا حلف لا يتعدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغداء اسم لطعام الغداء لا اسم اكله وقوله واهذا سمي الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغداء فقال فانه ورد في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم انصرف من احدى صلاتي العشاء على ركعتين يريد به الراوى الظهر والعصر وقوله يعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم يعني ان كانت خبزا فخبزوا وان كانت لحما فلحمت حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غداء في البادية وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع رواه المعلى عن ابي يوسف رحمه الله وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تعديت وما تعشيت ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدى حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يصدق قضاء ولا ديانة لان النية انما تصح في الملقوظ لانها لتعين بعض محتملات اللفظ والثوب وما يباهيه

يضاهيه غير ملفوظ فلا تصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا ليس انه ثبت مقتضى
والمقتضى كالملفوظ اجاب بقوله والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه
فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام ليس كذلك لانه يعرفه من
لم يعرف الشرع قلت يجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار ما اختاره بعض المحققين
من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقه لكن يكون من ضرورة
اللفظ اعم من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين
ما اذا قال ان خرجت فعبدني حروني السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر والخروج
غير مذكور لفظا وبينه وبين ما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوي ان لا يساكنه في بيت واحد
فان النية صحيحة مع ان المسكن غير مذكور لفظا حتى لو سكن معه في الدار لا يحث اجيب
بان الاولى مدنوعة منعها القضية الاربع ابو هشيم وابو حازم وابو طاهر الدباس والقاضي
القهي رحمهم الله ولئن سلمنا فقوله ان خرجت ولا يساكن فعلا ن يدان على
المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فتنا ولا بعمو مهابدة
من الخروج والسكنى فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين قضاء ومن حاف
لا يشرب من دجلة فشرب منها بائنا لم يحث حتى يكرع منها كرعاي حتى
يضع فاه على دجلة بعينها ويشرب ويقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب
منه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيها اكارعها والكراع مستدق
الساق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا اذا شرب منها بائنا حث ومبناه على ان الحقيقة
المستعملة الاولى من المجاز المتعارف عنده وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا
فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون من دجلة انهم يشربون من مائها واما
ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار والودية وقد قال النبي صلى
الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شئ والاكرعنا ولهذا اذا كرع

(كتاب الايمان * باب اليمين في الاكل والشرب)

حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون عند تعذر الحقيقة او هجرانها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا يصير اليه وقواه ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة ظاهر **قوله** ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز الذي في هذا الكوز ما لم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اي فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البرمتصور في صورة الارقاة لان اعادة القطرات المهرقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البرانما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن التول فيه باعادة الماء في الكوز وشربه في ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقة اي عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول يعني فيما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما وعدة يحنث في الحال وفي الوجه الثاني وهو ان يكون فيه ماء واهريق لا يحنث في قولهم جديعا فابو يوسف رحمه الله فرق في الوجه الاول وهو الذي لم يكن في الكوز ماء بين المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقوت به فقال في المطلق انه يحنث في الحال وفي الموقوت يتوقف حنثه الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجه ما ذكر ان الثابت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا يمتد موقته بوقت ممتد يتعين الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم في جزء منه ويتعين آخره وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحسب في الحال كذا في بعض الشروح وقال في النهاية فابو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والموقوت اي

اي في مسئلة الوجه الثاني وهو ما اذا كان في الكوزماء هريق قبل الليل فتال في المطلق يبحث حال وقت الارقاة من غير توقف الى الليل وفي الموقوت لا يبحث في الحال بل يتوقف حثه الى آخر اليوم وهما فرقا بين المطلق والموقوت يعني في هذا الوجه على ما ذكر في الكتاب وأشار بقوله كما اذا مات البخاف والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحاف وأشار بقوله كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة الى ان وجود المحل كما هو شرط لان عقدا اليمين كذلك لبقائها وقوله ومن حلف ليصعدن السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا في خافية الكفارة لوجبت في الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضي وقد فعها السليمان عليه السلام واجيب بان تصور البر في الغموس بان يجعل الفعل الذي لم يوجد موجودا منه مستحيل وقوله وان كان متصورا تعتقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبرا بايجاب الله تعالى وايجاب الله تعالى يعتمد التصور وون القدرة فيما خلف الا يرى ان الصوم واجب على الشيخ الغاني ولم يكن له قدرة لمكان التصور والخلف فكذلك ههنا حث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الكلام

لما ذكر ايمان السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذي ذكرنا شرع في بيان الفعل الجامع الذي يستتبع الابواب المتفرقة وهو الكلام اذا اليمين في العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصلوة والصوم من انواع الكلام فنذكر الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن اسماءه كلامه كما في تكلمه نفسه فانه عبارة عن اسماء نفسه الا ان اسماء الغير امر باطن لا يتوقف عليه فاقيم

السبب المودي اليه مقامه وهوان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافله اي لغفلته وقوله وفي بعض روايات المبسوط يريد ما روي في رواية فناداه وايقظه يحث في يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للبحث وذكر في بعض الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان يسمع صوته حث وان لم يوقظه وقال شمس الاثمة السرخسي رحمه الله والاظهر انه لا يبحث واليه اشار بقوله وعليه مشائخنا رحمهم الله والوجه ما ذكره في الكتاب ولو حلف لا يكلمه الا بان نه ظاهراً وقوله وابنه يتم بالاذن كالرضاء يعني اذا حلف لا يكلم الا برضاه فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف نكلمه لا يبحث لما ان الرضاء يتم بالراضي فكذلك الاذن يتم بالاذن قلنا الرضاء من اعمال القلب فيتم بالراضي ولا كذلك الاذن على ما مر انه اما من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وذلك يقتضي السماع ولم يوجد واعترض بانه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير مأذوناً فلم يكن الاذن محتاجاً الى الوقوع في الاذن اجيب بان الاذن ههنا فك الحجب في حق العبد والعبد يتصرف باهليته وما كينته فيثبت بسجود الاذن وما في اليدين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن مثبتاً لباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبني على تخصيص العلة وامره واضح عند اصولي وان حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لثأ بد اليمين لان ما يلي اليمين صالح لمحلية البراي جزء كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع النكرة في سياق النفي كان اليمين موبداً فذكر الشهر لاجرا ما وراءه عملاً بدلالة الحال وهي الغيظ الذي لحقه في الحال بخلاف ما اذا قال والله لا صوم من شهر الا انه لو لم يذكر الشهر لم يتأبد اليمين اما لانه نكرة في سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتأيد لتخلل الاوقات التي

التي لا تصلح ان يكون محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فاليه تعيينه
وقوله وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا هـ مثلت عبارات
نهارا اكلم فلانا وليلة اكلم فلانا ويوم اكلم فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة فلوكلمه ليلا
لم يحث والثانية لسوادة خاصة فلوكلمه نهارا لم يحث وما جاء استعماله في مطلق الوقت
وما جاء في قول الشاعر (شعر) وكنا حسبنا كل سوداء ثمرة * ليالي لا قبنا الحذام وحميرا *
اراد به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما في الشعر بلفظ الجمع
وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الآخر وذلك
اصل آخر غير ما نحن فيه والثالثة تعتبر بما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى وَمَنْ يُولِهِمْ يُؤْمِدُّ دُبْرَهُ وَالْكَلَامُ مِمَّا لَا يَمْتَدُّ وان قرن بما يمتد كالصوم
يراد به بياض النهار والبحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عني في قوله
يوم اكلم النهار خاصة صدق في التضاء لانه مستعمل فيه ايضا قال الله تعالى اِنْ اَنْوَدِيَ
لِلصَّالَةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ وَالْمُرَادُ بياض النهار وقوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما
في الا ان فلما تقدم من مناسبة الاستثناء معنى الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات
فلان يعنى الذي اسند اليه القدوم والاذن سقط اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة
الحياة ممكنة فكان الواجب ان لا تبطل اليمين فالجواب ان اليمين انعقدت على
القدوم والاذن في حياته القائمة لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لامحالة ولهذا
قلنا اذا قال لا تقتل فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها وقعت
على الحياة القائمة **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل
يتعلق بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة اولوكل منهما اما ان تكون
الاضافة فيه اضافة ملك او اضافة نسبة فان لم تكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف
لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فالمعتبر وجود الملك

عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في اضافة النسبة عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يعتبر وجود النسبة وقت الحاف فعلى هذا اذا باع فلان عبده فكلّمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امرأته او عادى صديقه عنده وعند محمد رحمه الله يحنث كذا قال في الزيادات وجه قول محمد رحمه الله ان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق قد يهجران لذاتهما مقصودا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط واما للاستغناء عنه بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينه اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان هذا وزوجة فلان هذه ووجه ما ذكره هنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الجاعم الصغير فانه ذكر قول محمد رحمه الله في الزيادات وتول ابي حنيفة رحمه الله في الجاعم الصغير ولم يذكر لابي يوسف رحمه الله قول وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف رحمه الله مثل قول ابي حنيفة رحمه الله انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المرأة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل ان لا يكون فلا يحنث في العبد بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله حنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وجه قولهما ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغى عند وجود ما هو ابلغ منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ووجه قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لانسلم ان الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا يهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد

العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها في قيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي
اذ ذاك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته
فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين اي
لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف
لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة الملك لتعيين المضاف اليه لذلك
واستعرض بان الدابة والدار والمرأة بجوزان تهجر لذواتها لشومها كما جاء في الحديث
واجيب بان ذاك احتمال لم يقتض به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا يكلم
صاحب هذا الطيلسان ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما
يقال لو كانت الصفة في الحاضر لغوا الحنث اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد
ما صار تمرا وتقريره الصفة في الحاضر لغوا الم يكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على
ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفتها
داعية الى اليمين والله اعلم بالصواب *

فصل

لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا
ومن حلف لا يكلم فلانا حيننا وزمانا او الحين والزمان ولانية له على شيء من الوقت فهذا
على ستة اشهر لان الحين قد يراى به الزمان القليل قال الله تعالى فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ
وَحِينَ تَصْبِحُونَ والمراد به وقت الصلوة وقد يراى به اربعون سنة قال الله تعالى سبحانه هل
اتى على الإنسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون سنة وقد يراى به ستة اشهر
قال الله تعالى تَوْنِي اَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ اي ستة اشهر فمن وقت الطلع الى وقت الرطب
ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل

(كتاب الايمان * باب اليمين في الكلام * فصل)

وقت لا ينتفع نفعها البتة وهذا هو الوسط فيصرف اليه ان الم يكن له نية وقوله وهذا اي
 الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الاحتياج
 من الكلام في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلايين والمؤبد لا يقصد غالباً به لانه
 بمنزلة الابدال ان من اراد ذلك يقول ابدا في العوف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين
 ولو سكت تأبى اليمين فحيث ذكر لا بدله من فائدة سوى المستند عند عدم ذكره والا
 لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط وقوله وكذا الزمان ظاهر وقوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف
 ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر المعروف والمنكر سواء قال ابو حنيفة رحمه الله
 الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية بشر
 عن ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة رحمه الله
 بين قوله دهر او بين قوله الدهر واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعروف يكون متفقا عليه
 فاما ان يكون لستة اشهر كما قالوا واما ان يكون يقع على الابد كما قال بعض اصحابنا
 رحمهم الله ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بخلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف
 رحمه الله بقوله اما المعروف بالالف واللام فيراد به الا بد عرفا ووجه الجائزين في المنكر ما ذكره
 في الكتاب وهو واضح فان قيل ذكر في الجامع الكبير واجد عوا فيمن قال ان كلمتك دهورا
 او ازمئة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلثة من هذه المذكورات لانها ادنى
 الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة رحمه الله ايضا قد لا في دهور منكورة بثلثة منها فكل دهر
 ستة اشهر كما في قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع
 وتوقف في المفرد اجيب بان ذلك تنوع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة
 الدهر فكانه قال من وقف على معنى الدهر فيجب عليه ان يقول في الجمع المنكر بثلثة
 كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه
 ان المعرفة تقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهرى لمن قال بالدهر وانكر الصانع

الضائع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وَمَا يَهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ وقال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم به عند الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله ومن حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هو رواية الجامع الكبير وكفيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسيحي رحمه الله في شرح الطحاوي المذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير فلا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلاثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقال على ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما يطابق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والى يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمرو في الايام المعهود في صرف الناس ايام الاسبوع فكانت مرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا ولا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قبل اي لان الشهور تدور على اثني عشر وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه ولكن اول بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني وقوله ومن قال لعبده ظاهر وتوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية يعني مثل يقول (اگر خدمت کنی مرار و زهای بساير تو آزادی) اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان لا يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظ (روز) فلا يجيء ما قال ابو حنيفة رحمه الله في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى العشرة فلذلك

اريد في العربية اكثر ما يطلق عليه اسم الايام لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والى يوم وقيل في تعليل المصنف رحمه الله نظر لان لفظ الفرد بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مراد ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع وقوله ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لا ينتهي الى العشرة وتخصيص ايام الاسبوع لكونه المعهود او لعدم القائل بالفضل والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الخلاف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانك طالق فولدت ولدا مبتاطقت ولو قال ذلك لامته وعلق به الحرية عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة فظاهر وكذلك عرفا لانه في المعروف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد واذ تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخرجها عتق الحبي وحده عند ابي حنيفة وقال لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا لان الموجود مولود الى آخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانك طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها ونقضت عدتها تحل اليدين لا الى جزاء وقوله ولا بي حنيفة رحمه الله ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة يعني ان الولد وان كان مطابقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية له جزاء والميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا

حيوا لم يوجد بخلاف جزاء الطلاق وحرية الامة لانه ابي الجزاء لا يصلح متيدا الاستغناء لهما
من حيوة الولد فلم يكن الشرط الاولادة الولد وقد تحققت على ما بينا واستشكل بما لو قال
اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيرة انحلت يمينه حتى لو اشترى بعد ذلك
عبد لنفسه لم يعتق مع انه جعل اشتراء العبد شرطا لحرية و عبد الغير ليس محلا للحرية
عن المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضرار انما يكون لتصحيح الكلام والحاجة الى
اضرار الملك لتصحيحه ليست كالحاجة الى اضرار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة
لا يتصور اصلا وفي ملك الغير يتصور موقوفة على الاجازة ولا يلزم من اضرار وجوب
الحيوة اضرار الملك ولو قال اول عبد اشتراه فهو حر على ما ذكره في الكتاب ظاهر وكذا
قوله اول عبد اشترته وحده وهي من مسائل الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول
عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى عبيدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع ان معنى
التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات
ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار
رجل واحد وان كان معه فيها صبي او امرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان
كذلك قلنا اذا قال واحد انه اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحد لم يفد
امرا اذا على ما افاده لفظ اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق
الى اول عبد لا يشاركه غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر
عبد اشترته فهو حر واضح وقوله يعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله
حتى يعتبر من ثلث المال يعني على كل حال لان شرط العتق آخريه العبد المشتري
وهي لا تثبت الا بعد م شري غيره بعده وعدم شرائه غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا
عنده فيقتصر عليه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثاني
بعد الاول ثبت صفة الآخريه به لكن كانت بعرضية ان يزول بشراء غيره فلا يحكم بعتقه

(كتاب الايمان * باب اليمين في العنق والطلاق)

ما لم يتيقن فاذامات ولم يشترغيره عرفنا تقرر صفة الآخرة عليه فيعتق من ذلك الوقت
كما لو قال لامنه اذا حضت فانت حرة فرأت الدم لا يعتق لجواز ان ينقطع الدم فيها
دون ثلثة ايام فان استمر بها الدم ثلثة ايام عتقت من حين رأت الدم لانه تبين ان ما رآته
كان حبضا حين رأت الدم الى هذا اشار الامام السرخسي رحمه الله ذكره في النهاية
وفيه تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين بجوز
ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذاك سواء
وقوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به اي بوصف الآخرة كما اذا قال آخر
امرأة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق متصورا على
الموت حتى تستحق الميراث وعند ابي حنيفة رحمه الله يقع مستندا الى وقت التزوج
فلا تستحقه وفائدة التقيد بالثلث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فانه به يكون الزوج
فارقت المرأة عندهما **قوله** ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم للخبر غائب
عن المخبر علمه وقد يكون بالخبر وقد يكون بالشر الا انه في العرف يستعمل فيما يسر وينفي
الحزن ويتحقق من واحد واكثر واذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة بشرة ثلثة فان اخبروه معا
عتقوا لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى **وَبَشِّرُوا بِغُلَامٍ عَلِيمٍ** وان اخبروا متفرقين واحدا
بعد واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه ويعضده ما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله عنهما وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن
كما انزل فليقرأ بقراءة ابن ام معبد فابندر اليه ابوبكر وعمر رضي الله عنهما وهو يقرأ
القرآن للبشارة فسبق ابوبكر وعمر رضي الله عنهما وكان ابن مسعود رضي الله عنه
اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابوبكر واخبرني عمروان قال ان اشريت فلا نفه وحر
فاشتراني بنوي به كدارة يمينه لم يجز لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة التكفير قران
نية التكفير بعله العنق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم يوجد وانما وجد عند الشرعي وهو شرط

شرط العتق لاعلته فلا يكون مفيداً حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه عن الكفارة
 وان اشترى اياه ينوي به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافاً للزفر والشافعي رحمهما الله وهو
 قول ابي حنيفة رحمه الله الاول ووجه قولهم ان النية تشترط عند العلة والشراء شرط العتق
 لاعلته وانما العلة هي القرابة فلا يفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطاً لاعلة لان الشراء
 اثبات الملك وهو ظاهر والاعتاق ليس اثباتاً للملك لانه ازالته فكان بينهما مضافاً فلا يكون الشراء
 اعتاقاً ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لمن يجزي ولد والده
 الا ان يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس
 الشراء اعتاقاً لانه لم يشترط غيره وقوله فصارت نظير قوله سقاء فارواه جواب عما
 يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي التراخي بزمان في كلام العرب
 وان عطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني
 تاباً بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك
 الفعل لا بغيره وفيه بحث وهو ان شري القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب اولا
 فان اثبت لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلاً وان لم يثبت لا يعتق عليه لانه لا يعتق
 فيما لم يملكه ابن آدم لا يبدل شري القريب يثبت الملك لكن ثبوت الملك في القريب
 اعتاق لان الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالته محال بالبدئية ولا يقال
 شري القريب اعتاق بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون
 مثبت الشيء ونفس ثبوته ازالته له والجواب ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق
 معناه ان الشرع اخرج القريب عن محمية الملك بقاء كما انه اخرج الحر من محليته
 ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك فلو لم يقل ثبوت الملك ابتداء لم يتصور
 زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
 فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاء فلا يضاف

الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين ما يستحق حريته بها من كل وجه ولقائل ان يقول القريب مستحق للعتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة له بالاستيلاء فما بالها لم تعتق اذا اشتراها بنية الكفارة بعد التعليق كما في عتق القريب والجواب ان الاستيلاء فعل اختياري من جهة المستولد فكانت الحرية من جهتين جهة الاستيلاء والشرى فام يتع من الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من جهة القريب جهة في حريته سوى الشرى فاذا اشتراه نأوى للكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه وقوله بخلاف ما اذا قال لقته ظاهر **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعيلة منسوبة الى السر وهو الجماع والاختفاء لا ر، الانسان يسره وانما ضمت نسبته لان الابنية قد تغيرت في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دهرى بضم الدال للمعمر والتسري عبارة عن التحسين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا بد من طلب الولد مع ذاك حتى او وطنها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعدت في حقها لمصادقتها المالك وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط فيه يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان الجارية توضيح لانعتاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لفر رحمه الله فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر المالك فصا، كما اذا قال لاجنبية ان طلقك فعبدني حريصير الزوج المذكور فان قيل هذا قول بالاقتضاء وفر رحمه الله لا يقول بالاقتضاء اجيب بان اثبات المالك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهومه من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المودية مفهومه من النهي عن التأنيف ولا

ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضى ثم اذا قيل فيما نحن فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك منهوما من التسري بلا تأمل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة بالاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين رحمهم الله وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتأفيف بواسطة الاذن ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي رحمهم الله ان الدلالة قياس بوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك واقول هذا اللفظ يستعمل في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة مجازا ونقول هذا الحكم ان ثبت عن زفر رحمه الله وام يتل بالاقتضاء كان متناقضا فكيفنا مؤنة الجدل معه ولما ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وتقديره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحته لكونه التسري شرطوما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزء وهو الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله وفي مسألة الطلاق جواب عن قوله كما اذا قال لاجنبية وتقديره ما ذكرت من المسئلة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزء حتى لو قال لها ان طلقك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا من حيث ان في كل منهما ثبت شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزء واما وزان مسئلة زفر رحمه الله فهو ان يقول ان تسربت جارية فعبدني حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح تعليق عتقه بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتقت امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل واحد من هؤلاء في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل ان الملك ثابت فيهم رقبة ويذا واذ كان كذلك دخلوا تحت

(كتاب الايمان * باب اليمين في العتق و الطلاق)

كلمة كل فيعتقون وان قال اردت الرجال خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديته ديانة
فلان لفظ المملوك وضع للمذكر واما عدم تصديقه قضاء فلانهم عند الاختلاط يستعمل
فيهم لفظ المذكر عرفا ولونوى الاناث لغت نيته ولو قال لم انوالمدبرين لم يصدق في القضاء
على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه
روايتان ولا يعتق مكاتبه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يداول هذا لا يملك اكسابه
ولا يحل له وطى المكاتبه فكانت المكاتبه مملوكا من وجه دون وجه بخلاف ام الولد
والمدبرة فاختلفت الاضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال لسوء له هذه طالق او هذه وهذه
على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله فيختص به محله اي بحمل الحكم وهو المطلقة
لان الكلام سبق لايقاع الطلاق وان تعرض بان العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم منفردا
يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فيعطف على من لم يقع عليه
الحكم في قوله والله لا اكم فلانا وفلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حث وان كلم احدا الآخرين
لا يحث حتى يكلمهما فيكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا
وهذا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كأنه قال هذه طالق او هاتان
فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق والعتاق ان شاء اوقع على الاول وان شاء اوقع على الآخرين
واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله فاما الذي ذكره
في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب هذه الرواية في الطلاق والعتاق
وبين قوله والله لا اكم فلانا او فلانا وفلانا ان الثالث معطوف على الثاني الذي
لم يقع عليه الحكم وهو مسئله الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين يتناول
احدهما نكرة الا ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع
الاثبات تخص فيتناول احدهما فاذا عطف الثالث على احدهما صار كأنه قال
احدكما طالق وهذه ولونص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في مسئله الجامع

(كتاب الايمان * باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك)

الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى وَلَا تَطْعَمْنَهُمْ إِنَّمَا وَكُفُورًا فصار كأنه قال والله لا أكلهم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين ولونص على هذا كان الحكم هكذا فكذا ههنا والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الايمان كثيرة النوع بالنسبة الى ما بعد ما فلذلك قدمه قال في النهاية ثم المضابطة في هذه التصرفات لا أصحابنا رحمهم الله فيما بحث بفعل المأ مور وفيما لا يحنث شيان أحدهما ان كل فعل ترجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المأ مور وكل فعل ترجع فيه الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث والثاني ان كل فعل يحتمل حكمة الانتقال الى غيره فالحالف فيه لا يحنث بمباشرة المأ مور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث وقيل كلما يستغنى المأ مور في مباشرته عن اضافته الى الأمر فالأمر لا يحنث بمباشرة المأ مور وان كان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقهاء في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع حكم العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم العقد وعن حقوقه وكل ما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقه الى العاقل لا الى من وقع حكم العقد له فمقصود من الحالف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا ترجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة المأ مور النكاح والصالح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والايداع وقبول الوديعة والا عارة والاستعارة وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث ايضا بفعل المأ مور وما لا يحنث الحالف بمباشرة المأ مور فهو البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصالح عن المال وكذلك القسمة

(كتاب الايمان * باب اليمين في البيع والشراء والتزويج وغير ذلك)

ومن المشائخ من الحق الخصوصية بهذا القسم واذا عرف هذا ظهر معنى كلامه الا الفاظ تنبه عليها قوله الا ان ينوي استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحث اي الا ان ينوي ان لا يأمر غيره ايضا فحينئذ يحث وقوله او يكون الحالف ذا سلطان يعني اذا باشره المأمور حث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتادة الامر بالغير فلما امر غيره وفعل المأمور حث ومع ذلك لو فعله بنفسه حث ايضا لوجود البيع منه حقيقة وقوله لان المالك له ولاية ضرب عبدة يلوح الى انه لو حلف على ضرب حرفا مر غيره بذلك فضر به المأمور لم يحث لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره فيه وقوله ووجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه وانوى الحقيقة المستعملة صدق قضاء وديانته وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام يصرف الى حقيقته بغير نية واذا وجدت النية كان الصرف اليها اولى وقوله لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه اي الولد وذكر ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التاديب والتشنيق وقوله ومن قال لغيره ان بعث لك هذا الثوب على ما ذكره في الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعدي فاما ان يتوسط بين الفعل ومفعوله او يتأخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة اولا فان احتملها وتوسط بينهما كان اللام لاختصاص الفعل وشرط حثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير سواء كانت العين مملوكة له او لم تكن وذلك انما يكون بالامرواخر عن المفعول كان لاختصاص العين به وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم يحتملها لا يفرق الحكم في الوجهين اي في التوسط والتأخر بل يحث اذا فعله سواء كان بامر او بغير امر لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة لم يكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صوتا للكلام عن الالغاء ومعنى دس اخفي والمراد بالغلام اما العبد كما

كما ذكره في الجامع الصغير لقاضي خان رحمه الله واما الولد كما ذكره في الفوائد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا يضرب عبدا فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف رحمه الله قبيل هذا ومن الشارحين من وجه الاول بان المراد بالوكالة والنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من العهدة على الموكل وليس للضرب شيء من ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسئلة المذكورة بان محمد ارحمه الله لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف رحمه الله نخطئة له فانه ذكر انه لا حقوق ترجع الى المأمور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة **قوله** ومن قال هذا العبد حران بعته ومن قال هذا العبد حران بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فينزل الجزاء قيل لو كان البيع من غير افادة الحكم كافيا لوقع ما علق به لكان النكاح كذاك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح مع المنافي لانه رق والانسانية تنافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فسادا بما يخالف الدليل فترجح جانب عدم فصار كأن لم يكن بخلاف البيع لانه موافق للدليل فكان موجودا بالايجاب والقبول في المحل وان لم يفد الحكم ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق كالمعجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط ينسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينسخ الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التأخير وفي التعليق لو لم ينسخ لم يبطل ثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز بفسخ الخيار صحة حكم التعليق به

(كتاب الايمان * باب اليمين في البيع والشراء والنزوح وغير ذلك)

في الحال واجب بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه في الحال بفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة الخيار وطولب ههنا فرقان فرق بين مانحن فيه من المسئلة وبينها والخيار للبائع فانه اشتره ولم يعتق عليه وفرق بين مانحن فيه من المسئلة وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة رحمه الله وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري يتمكن من اسقاطه ومنى كان الخيار للبائع لا يتمكن من اسقاطه وبين الثانيين بان شري القريب لم يوجد فيه كامة الاعتاق بعد الشرى حتى يسقط بها الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط وما في الاجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك ووضع المسئلة في البيع بشرط الخيار يفيد ان البيع اذا كان بائنا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما فيه الشرط فانهما يتعاقبان فيه ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محمية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر وما في التدبير والامة فلا بد من بيان لان المدبر يجوز بيعه اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترند فتسبي بعد اللحاق بدار الحرب وذلك لان الكلام في المدبر مادام مدبر او اذا قضى القاضي بجواز بيعه يفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع القن لا بيع المدبر وفوات المحمية انما كان باعتبار بقاء التدبير وهكذا كما ترى غير مخلص لانه يفيد ان فوات المحمية ببقاء التدبير والتدبير قد يزول فلا يفوت المحمية فكان الواجب ان لا يقع الطلاق والاوى في البيان ان يقال بيع المدبر لا يجوز فالظاهر ان المسلم لا يقدم عليه فان اقدم فالظاهر ان القاضي لا يقدم على القضاء بما لا يجوز ومع ذلك فالاصل عدم ما يحدث فكان عدم فوات المحمية بناء على جواز القضاء ببيعه مخالفا للظاهر من كل وجه فلا يكون معتبرا وما الامة فان من مشائخنا رحمه الله من قال

من قال لا تطلق امرأته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق
لانه انما عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير
وقوله ولو قالت المرأة لزوجها ظاهر وقوله لانه زاد على حرف الجواب اي اصله لانه لو اراد
الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر كلمة كل دل على ان مراده العموم
فيعمل بعدم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتدئا وقوله وقد يكون غرضه اباحتها
جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها متقدم على
غيرها وانما تأخر عما تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلاثة اوجه في وجه يلزمه
اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه
الاول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر
الى مكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة ماشيا فان لم يكن بمكة
فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب لزمه
شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد رحمه الله انه يخرج
الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جازله ان يركب وقت الرواح
الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله تعالى وانما المشي اليه وقت
الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى
بيت الله تعالى وفي القياس ان لا يلزمه بهذا النذر شيء لانه التزم باللبس بقربة واجبة لان
المشي امر مباح ولا مقصودة في الاصل يعني لذاته لان المقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان
القياس ان يكون النذره باطلا لكن تركناه يالا ثرو العرف اما لا نثرفا قال محمد رحمه الله

(كتاب الايمان * باب اليمين في الحج والصلوة والصوم)

في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبها كذا في بعض الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ وليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا مطابق وقد روى شيخنا رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر رضي الله عنهما نذرت ان تدشي الى بيت الله فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تحرم بحجة او عمرة فاما العرف فمذكورة في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصاركما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب راقدا فلذلك اعلى ما ذكرناه في المناسك وايجاب الحج او العمرة بهذا النذر بطريق المجاز من باب ذكر السبب واردة المسبب وان هذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيره فان قيل فاذا كان هذا اللفظ استعارة لا التزام الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بشربة حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بشربة وانما يجب اهداء الثوب الى مكة لكون اللفظ عبارة عنه اوجب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له رابعا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم نيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظه لا يوجب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعناه في ايجاب الحج او العمرة لاجتماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى ان يقال هذه اللفظة في العرف تستعمل للحج او للعمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة باللفظ ومجازه بمعناه واما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الايمان الى بيت الله تعالى او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء عليه كما

كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمته حجة او عذرة لان الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبيدي حران لم احم العام ظاهر وقوله ولكنه لا يميز بين نفّي ونقي تيسيرا ونقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل اناسمعاه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصراني فبانت منه امرأته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان قامت على النفي لانها قامت على نفّي شيء احاط عالم الشاهد به واجاب الامام فاضيخان رحمه الله ان هذه الشهادة قامت على امر وحوذي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام رحمهما الله اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة قبلت الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفّي ونقي معتبرا ولكنه ليس مختارا المصنف رحمه الله لافضائه الى الحرج وقوله ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وورد عليه ما لو قال والله لا صوم هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل ارشرب او بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم الشرعي بعد الاكل والشرب او بعد الزوال غير متصور والاجاب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي وهو كون اليمين بعد الاكل او بعد الزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عايه بخلاف ما نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فيصرف اليه وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر وقوله لا يحث ما لم يصل ركعتين قبل عليه ينبغي ان لا يحث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يأت بالقعدة لان الصلوة لم تكن معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة

(كتاب الايمان * باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك)

من صلوة تامة وتما مهاشرا انما يكون بالقعدة اشار الى ذلك تعليله بقوله لانه يراد به الصلوة
المعتبرة شرعا والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب
اكثر وجودا منه واما لان اليمين به مشروع وجودا وعدمه بخلاف الضرب والقتل ومن
قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي صدقة اتصدق به على فقراء مكة
وكلامه واضح وقوله والمعتمد هو المراد يعني فصار كأنه قال من فطني او من قطن ساماكم
وذلك سبب اي الغزل من قطن الزوج سبب ملك الزوج لما غزلته وقوله ولهذا ايضاح لقوله
وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت الحلف كان ذلك
نسباً لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بذكور هناك وما ذاك الا باعتبار
ان غزل المرأة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن
مملوكا وقت الحلف او لم يكن وقوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو
ما تتحلى به النساء من ذهب او فضة او جوهر واستدل باباحة استعماله للرجال على
ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان حليا لم يحرم على الرجال لان التزين
بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختيم بالفضة لهم لقصد الختم له او لغيره
لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان من ذهب حنث يعني
كيف ما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن قيل الخواتم ثلثة الذهب مطلقا والفضة
المقصودة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسها والفضة الغير المقصودة لا يحنث بلبسها
وقوله ولو لبس مقد لؤلؤ ظاهر والعقد بالكسر وهو القلادة والترصيع التركيب يقال

يقال تاج م. صاع بالجواهر وقوله حتى سمي به في القرآن اي بالحلي يريد به قوله تعالى
 وَتَسْتَخْرِجُونَ حَبْلَةً تَلْبَسُونَهَا وقوله تعالى يُحْلُونَ فِيهَا مِنْ أَسَاوِرٍ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤْلُؤًا
 جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسير لقوله يحلون وقوله من حلف لا ينام على فراش يريد به
 على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا بحث فانه لو كان
 على حقيقة منكر بحث في هذه الصورة ايضا لانه نام على فراش وقوله لانه تبع له
 فلا يعتبر حائلا يشير الى انه لو نزع ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه لم بحث لانه
 حينئذ لم يبق ثوبه تبعله فصار بمنزلة البساط والحصير وقوله ولو حلف لا يجلس على
 سرير ظاهر والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يرد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم وجه ذكر المناسبة في الباب المتقدم ومن قال ان ضربتك
 فعبدني حر فمات فضر به فهو على الحياة لان المضرب اسم لعل مؤلم يتصل بالبدن
 وهولا يتحقق في الميت لا تنفاه الايلاام فيه ونوقض بقوله تعالى وَخُذْ يَدَكَ مِنْهُ فَاتْرِبْ
 بِهِ وَلَا تُحْنُ فَقَدْ بَرَّ اِيوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد
 الايلاام لما ان الضغث عبارة عن العزيمة الصغيرة من ريعان او حشيش فلم يكن بمجموعه
 ايلام فكيف لا جزائه واجيب بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه
 السلام خاصة اكرام الله في حق امرأته تخفيفا عليها لعدم جنائيتها على خلاف القياس
 فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لا جزاء الضغث ايلام على ما ذكر في تفسير الضغث
 وروي عن ابن عباس رضي الله عنه ان الضغث عبارة عن قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها
 الم اجزاؤها فكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتام الكلام فيه في الكشف وذكر في شرح
 الطحاوي رحمه الله ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضر به بهاضوبة واحدة ان وصل اليه

كل سوط بحباله بر في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام وقوله ومن يعذب في القبر جواب عما يقال في قولكم الايلام لا يتحقق في الميت يشك بعذاب الميت في القبر وقيد بقوله العامة احتراز عن قول ابي الحسين الصالح رحمه الله فان الميت عنده يعذب من غير حيوة ولا يشترط الحيوة لتعذيب الميت وقوله وكذلك الكسوة يعني وان قال ان كسوتك فعبدني حر فكساة بعد الموت لا يحنث وقوله لانه يراى به اى بالكسوة على تاويل الاكساء التملك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة ومنه الميت لا يتحقق الا ان ينوي به اى بالكسوة الستر فحينئذ يحنث لان فيه تشديد اعليه وقوله وقيل بالنارسية ينصرف الى اللبس دون التملك وهو قول الفقيه ابواليث رحمه الله ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فاللبسة وهو ميت حنث لان الالباس عبارة عن الستروالتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف لا يكلم فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب القلب حيث ساءهم باسمائهم فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا جيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله يتحقق ذلك يعني التطهير في الميت الا يرى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا تجوز صلوته وان كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او مضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة وان اوجعها وآلمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله فقال فيه ولو كان يعامن الكوز لاء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروي عن ابي حنيفة رحمه الله

رحمه الله في رواية اخرى انه لا يحنث علم او لم يعلم: هو قول زفر رحمه الله وهو الصحيح
لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود الذي في الكوز وان احدث في الكوز ماء فليس
هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت اليمين لان الماء الذي اضيف اليه الشرب
لا يحتمل الوجود ان الحادث غيره بخلاف مسألة القتل اذا كان يعلم بدوت فلان لانه
عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياء الله تعالى وهو فلان لقوله تعالى فَاَمَّا تَهُ
اللَّهُ مِائَةً عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ فَكَانَ مَاعْقِدَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ مَتَوْهًا وَالْعَادِي مَنَسُوبَ إِلَى الْعَادَةِ
كالارادي منسوب الى الارادة فان ثاء التانيث تحذف في النسبة والله اعلم بالصواب *

باب اليمين في تقاضي الدراهم

لما كانت الدراهم من الوسائل دون المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي
تعلق بها وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل
المذكورة فيه بلفظ القضاء والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب
بما هو سبب لما هو المذكور فيه وهذا ما قاله الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب
من المسائل مبناه على التقاضي على ما صرح بذكره عند رأس كل مسألة والاصل
في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العيب لا يعدم الجنس وان مادون
الشهر قريب وما فوقه بعيد **قوله** ومن حلف ليقض دينه تقاضى الرجل دينه الح فحلف
غريمه ليقض دينه الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر
لما ذكره في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان زاد في التقاضي
فحلف ليقض دينه اليوم فتضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا ونهجرة او مستحقة بر في
يمينه لما ذكره في الكتاب والزيف ما يرد بيت المال والنهجرة ما يرد التجار وسأني
في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره يعني قضاء دينه في اليوم فقبض المستحقة صحيح

كتاب الايمان * باب اليمين في تقاضى الدراهم)

الايرى انه لو اشترى بها شيئاً فاخذها المستحق بقي البيع صحيحاً وأولم يصح قبض المستحقة لبطل
 البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اى برده ما قبض من الزیوف والنهرجة والمستحقة البر المتحقق
 لان اليمين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا
 رد البذل لكونه زيفاً ونهرجاً واسترد بلا استحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض
 برد المقبوض بعيب او استحقاق لان مبناه على المقاصة وقد زالت وقوله وان وجد هارصاً
 ظاهر وقوله ولان في قضاء الدين طريقة المقاصة بانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضموماً
 عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك . لرب الدين على المدينون مثله اى مثل ما في
ذمته فيلتقيان فصاها وقد تحققت بمجرد البيع لان ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء
 عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين حقيقة لا يتصور لان
 القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين وصف في الذمة واهذا قالوا الديون تقضى
 بامثالها وقوله فكأنه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة بمجرد
 البيع لما نال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون
 هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ماله من الدين عليه متقرر وثمن العبد
 غير متقرر قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقراً فيكون مثله
 فيتقاصان وان وهبها له اى ان وهب الدائن دينه للمدين لم يبر الحالف لعدم المقاصة
 لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب الدين وانما
 قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكأنه اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة
 ومحمد رحمه الله لغوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات المحلوف عليه عندهما جهة
 في بطلان اليمين كما في مسألة الكوز على ما تقدم وقال بعض الشارحين رحمهم الله ولنا فيه
 نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيض وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم
 ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الآخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعاً وانول ليسا

ليس ابتيذين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشأن التقيذين ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور اليصرار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال اقبضها مني منجما لحالف لا يقبض دينه درهمادون درهم فقبض بعضه لم يحسن حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ماله عليه فيصرف اليه والمركب ينتفي بانتفاء جزئه فاذا وجد احدهما دون الآخر لم يحسن وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله فان قبض جميع دينه في وزنين ظاهر ومن تناضى من غريمه ما تبين فقال لا املك ذلك المقدار فلم يصدقه فقال ان كان لي الامائة درهم بامرأته طلق ولم يملك الا خمسين درهما لم يحسن لما ذكره في الكتاب وقوله ولان استثناء المائة استثناءها بجمع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحسن *

مسائل متفرقة

اي هذه المسائل التي اذكرها متفرقة ومن داب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدأ اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقته بوقت كيوم او شهرا ومطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب فان كان على الترك تركه ابدأ وان كان على الفعل برفع مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان الفعل مشتمل على مصدره اشتدال الكل على الجزء وهو منكر عدم الحادة الى التعريف والنكرة في سياق النفي تعم فتوجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في صورة الاثبات مرة برؤا لم يحسن بوقوع اليأس عنه وذلك بموت الحالف او بفوات محل الفعل فان كان الاول ولم يذكره في الكتاب فانه لا يحسن

(كتاب الايمان * باب اليمين في تقاضى الدراهم * مسائل متفرقة)

قبل مضي الوقت وأن وقع اليأس بهوته وبغوت المحل لان الوقت مانع من الانحلال
اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فائدة واذا استخلف الوالي رجلا ليعلمه
بكل داعر ابي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد كان الاعلام
واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزم الاعلام حال دخوله وانما يلزم ان لا يؤخر الاعلام
الى ما بعد موت الوالي او عزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام
دفع شره اي شرنفس الداعر او شر غيره بجزرة فان الوالي اذا جزره وادبه لدعارته ينزجر
غيره عن الدعارة لو كانت في قصده ونيته وهذا المقصود انما يفيد فائدة اذا كان الوالي
قادرا على تنفيذ ذلك بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر
الرواية وانما يفيد بظاهر الرواية احترازهما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يجب
الاعلام على الخالف بعد عزل المستخلف ايضا لانه مفيد في الجملة وقوله ومن حاف
ان يهب على ما ذكره في الكتاب اوضح واختلف اصحابنا رحمهم الله في ثبوت الملك
قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر منه ومنهم من قال بعدمه
لاحتتمال ان يكون الموهوب محررا للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف
الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه تملك من الجانبين
فكان تمامه بهما ومن حلف لا يشم ريحنا فشم ورد او باسмина لا يحسث لانه اسم لما لا ساق له
ولهما ساق قيل هذا تفسير الامام فخر الاسلام وقلده صدر الشهيد والمصنف رحمهما الله
وفيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قوله
اسم لما لا ساق له ان لساقه رائحة طيبة كمالورقه واصطلاح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة
على ان نفيه في اللغة موقوف على الاستقراء التام في اوضاع اوصاف اللغة وهو متعذر
وقيل في الضابطة بين الريحان والورد ان ما ينبت من بذرة ممالا شجرله ولعينه
رائحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر ولورقه رائحة مستلذة فهو ورد ومن

ومن حلف لا يشتري بنفسها فاشترى دهن بنفسه حنث باعتبار العرف ولهذا يسمى
 بائع بنفسه والشرى يمتني عليه أي على البيع وهذا في عرف أهل الكوفة وقيل
 في عرفنا يقع على الورق * وان حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه أي الورد
 حقيقة فيه أي في ورق الورد والعرف مقرر له أي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان
 اسم الورد على الورق حقيقة وفي العرف أيضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررًا للوقوع
 على الحقيقة وفي البنفسج قاض عليه أي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين
 البنفسج حقيقة كما هو مذهب الشافعي رحمه الله لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة
 من عينه إلى دهنه فكان العرف غالبًا وراجحًا في اسم البنفسج على حقيقة والده أعلم *

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الإيمان وكفارتها الدائرة بين العباد والعتوبة اورد عقوبتها العقوبات
 المحضنة ومحاسن الحدود وكثيرة لما انها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والارض
 والاموال سالمة عن الابتدال واما سببها فبسبب كل منهما ما اضيف اليه حد الزنا وحد القذف
 وغيرها واما تفسير لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهي الحكم فقد ذكره في الكتاب
 وقوله الانزجار عما ينصّر به العباد يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض
 والاموال وكلامه يشير الى ان الحدود تشتمل على مقصد اصلي يتحقق بالنسبة الى
 الناس كافة وهو الانزجار عما ينصّر به العباد وغير اصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك
 يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في
 حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار الزنا يمد
 ويقصر القصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا وَالْمَدْلَاهِلَ نَجِدُ قَالَ الْفَرَزْدَقُ *
 (شعر) ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا * يخاطب

رجلا يكتفى ابا حاضر والمخرطوم الخدرو المسكر بفتح المكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكاف شهوته في قبل امرأة خالية من الملكين وشبهتهما وشبهة الاشتباه وتمكين المرأة من ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا ثبت به الغسل والمكلف ليخرج به الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك الدين وشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاهما وما شبهه وشبهة ملك الدين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه او عبده المأذون المديون وشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا ثبت بالبينة والافتراق المصنف رحمه الله والمراد بثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بنعلمها ويتحقق في الخارج وأن لم يكن هناك لابينة ولا افتراق وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذا في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهُدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَافِرُونَ وقوله مضرة ومعرفة المضرة ضرر ظاهر على البدن المعروفة ضرر يتصل ببدنه ويسري الى باطنه من لحوق العار بانسابه الى الزنا وقوله والبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احترازاً عن قول من يقول ان اشتراط الاربعة لان الزنا لا يتم إلا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الابشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل واحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل اثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد لتحقيقاً لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه الفاذورات شيئاً فليستره يستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله تعالى في الدنيا والآخرة والاشاعة ضد اي اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امراً مندوباً اليه كانت الاشاعة امراً مذموماً واذا شهدوا بساً لهم الامام عن الزنا ما هو احترازاً عن

عن الغلط في الماهية وكيف هو احترازاً عن الغلط في الكيفية واين زنى احترازاً
 عنه في المكان ومتى زنى احترازاً عنه في الزمان وعن المزنية احترازاً عنه في المفعول به
 ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل اما الاول فماروي ان رسول
 الله صلى الله عليه وسلم سأل معاذاً الى ان ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكت لكونه
 صريحاً في الباب والباقي كناية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان
 النعل في غير الفرج عنه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة اوزنى في دار الحرب
 وهو لا يوجب الحد وفي المتنازع من الزمان وذلك يستط الحد او كانت له في المزنية
 شبهة لا يطلع عليها الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتياطاً للدرا
 فدايسوا ذلك وقالوا رايه وطئها في فرجها بيا نالما هيته والمزني بها كالميل في المكحلة
 في بيان كنيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعناية حكم بشهادتهم ولم يكتف
 بظاهر العدالة احتياطاً للدرا لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادروا الحدود
 ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله حيث اكتفي فيه بظاهر العدالة
 وهو الاسلام وتديل السر والعناية يأتي في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى قال
 في الاصل يحبس حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر بعد ذلك
 ولا وجه الى اخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشرو عافياً بني
 على الدرا فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط
 بل بطريق التعزير للاتهام بالجنائية وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً
 بالتهمة والفرق بينه وبين سائر الديون سيأتي ان شاء الله تعالى وقوله والاقرار ان يقرأ العاقل
 البالغ صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتباراً بسائر الحقوق يعني في سائر الحقوق
 العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة
 يعني انها تفيد زيادة في طمأنينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث معاذ

رضي الله عنه فإنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيته فطهرني فاعرض عنه فجاء إلى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء إلى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن افروا ربعا فمن زنيته قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى إلى أن اقرب صريح الزنا فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية بعث إلى أهله هل ينكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصائه فاخبرانه محصن فامر برجمه وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ما عز الوعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يجرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ما عزمنا اشار إليه بقوله فإنه عليه السلام اخر الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد إلى أن تم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كما في الم يؤولان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتأخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فتد اعترف بوطى لا يجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا يجتمعان في وطى واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لا ثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد بقاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال فقال ابك خبل ابك جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يدرك به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا إلى الوطى بشبهة فيسقط الحد به وكما قال للسارق اسرفت

اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رضي الله عنه قال لما عزم لما اقرئنا ان اقررت الرابعة رجعك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتبارها بسائر الحقوق وتقريره ان سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها ههنا ذلك فلما كانت احدي الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعلاما لامر الزنا وتحققا لمعنى السر فلا بد من اختلاف المجالس لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس ولان لاتحاد المجالس اثر في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار لا يرى الى ما جاء في حديث ما عزم رضي الله عنه من اقرار خمس مرات فكان منها مرتان في جهة واحدة فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قائم بالمقرر فليعتبر اتحاد مجلسه في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد ونيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف رحمه الله بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرد القاضي ظاهرا وقوله لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحد وهي غير موجودة في الاقرار وسيأتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه وكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فتعتبر احدهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد التذلل لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله فيتحقق شبهة بالاقرار يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلتين للرجوع لما انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد والله اعلم بالصواب *

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكره
وكلامه واضح وقوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على وجوب الرجم
اذا كان الزاني محصنا ذهب الخوارج الى ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون
اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث ما عزم مشهور تلقته الامة في
الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائز وقوله فان امتنع الشهود قال
في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي
بعضهم او خرم او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وروي عنه انه اذا
امتنعوا وغابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما قيد به ظاهر الرواية
راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الى آخره وليس بمختص بقوله وكذا
اذا ماتوا او غابوا وان استطاع امتناع احدهم هل يحد الشهود له لان ذكر في المبسوط انه
لا يقيم الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وامتنع بعضهم من مباشرة القتل
وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر الرواية يفضي الى اعتبار
شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامد حي من الازد وفي
حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفرله وقوله الا انه انتسخ في حق المحصن
بيانه ان قوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا الْاَيَةَ عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في
حق المحصن بالآية الاخرى نسخت تلاوتهها وبقي حكمها وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله
عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب وكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأها ووعيناها

ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وأني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله تعالى يفضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله تعالى اكتبتهما يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم يذكر عليه احد وكانت هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلايتها بصرها من القلوب بحكمة يعلمها الله تعالى وقوله بسوط لا نثرة له قال في الصحاح ثمرة السياط عقد اطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا نثرة يعني العقد وقيل المراد بالثمره غلظه وذنبيه وطرفه لانه اذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور في الكتب والمبرج مأخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبرحا اي غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جعد على خلاف التماس كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وإنما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قريبه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم شاببت مفارق رأسه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفرة الدعاة جمع داع كالتضاعة جمع قاض اي كان يدعوا الناس اليهم وقولنا لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجزهم عن الضرب فائسا فلا بأس حينئذ ان يشده بسارية او نحوها **قوله** وان كان عبدا او امة ان كان من زنى عبدا او امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ودخلت تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان تدخل النساء تحت

(كتاب الحدود * فصل في كيفية الحدود واقامته)

حكم الرجال بطريق التبعية فكان هذا الأسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبية كما في تقديمهن في قوله تعالى الرَّائِيَةُ وَالزَّانِي الى آخره ثم العذاب المذكور في الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتصف وقوله ولان الجنابة عند توافر النعمة افحش اصله قوله تعالى يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ مَنْ يَأْتِ مِنْكُنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ وقوله لما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا الشدوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والبدال في الحالتين مضومة ندي الرجل او لحم الثديين والهدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الشدوة وقوله والربط والامساك غير مشروع يعني الان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولايات وذكر منها الحدود رواه ابن مسعود وابن عباس وابن زبير رضي الله عنهم والثلاث الباقيات الصدقات والجمعات والفيء وقوله ولان الحد وحق الله تعالى وحق الله تعالى حق مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتكبير يتناول مالنا وما علينا وقولي على الاطلاق لاجرا حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة مال الغير مثلاً فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باحة المالك ولا يباح الزنا باحة المرأة ولا باحة اهلها وتما في التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم وانما قيد الاحصان بالرجم احترازاً عن احصان القذف فانه غير هذا على ما سيجي ان شاء الله تعالى احصان الرجم مشروط بسبع شرائط ان يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما الحرية فشرط تكميل

تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف رحمه الله وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ
شرطا لادلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة
يتغلظ عند تكررها وتغلظه يستدعي اغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلائل النعم فكفرانها
يكون سببا لافحش العقوبات وهو الرجم بالحجارات الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر
سببه وانحصر الشرائط على هذا العدد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف
والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلائل النعم ايضا الا ان الشرع لم يرد باعتبارها
ونصب الشرع بالرأي متعذر وقوله لان الحرية دليل على الاقتصار على تلك الشرائط
يتضمن ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنادون غيرها من العلم والشرف وذلك لان
الحرية ممكنة من النكاح الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح
الصحيح ممكن من الوطئ الحلال لا محالة والدخول به شبع بالحلال والاسلام ممكن
من نكاح المسلمة ومؤكدا اعتقاده الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند
توافر الزواجر اغلظ وتماثل ان يقول العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد
عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر
الى غيرها والشرف مردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من
شرائطه والجواب ان المسلم الناشي قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس
لها حد معلوم يضبطان به فلا يكون معتبرة واما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان
عند الدخول فسنذكره والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف
رحمه الله في رواية مستدلين بما روي مسندا الى بن عمر رضي الله عنه ان اليهود جاؤا
الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا قالوا نفضحهم وبجلدون فقال عبد الله
بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده على آية الرجم

ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما فلنا ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بيوده ما روى اصحابنا رحمه الله في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه من اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجهه يوجب الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالا نزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقني من عسلته بالتصغير قوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وغيل كيف يتصور ان يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر وابو يوسف رحمه الله يخالفنا في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرطا احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لودخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف رحمه الله ما ذكرناه يعني من قوله ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين قوله وقوله صلى الله عليه وسلم معطوف على قوله ما ذكرناه لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرالامة ولا الحرية العبد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله مرسل في مبسوطه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وفي رواية عن احمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر بالكبر جلد مائة ونفي ستة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ما عز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أَوْجَعَلِ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا وحديث ما مر بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعرف ظاهر وقوله والشانعي

والشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان التغريب من ثمة الحد فكما ان الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحباء والحميات لما ان الزنا انما ينشأ من الصبغة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا بقوله تعالى فَأَجْلِدُواْ جَعَلَ الْجُلْدُ كُلُّهُ رَجُوعاً إِلَى حَرْفِ الْفَاءِ وَرَجُوعاً نَصَبَ عَلَى الْمَصْدَرِ وَمَعْنَاهُ ان الغاء للجزاء وان اذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم انه هو الجزاء الا يرى اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الغاء وقوله والى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في التغريب قطع مادة البقاء يعنى ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لازدياد شهوة وقوله وهذه الجهة مرحة لقول علي رضي الله عنه نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه لصحة ما قلناه ووجه الكسر ان الخصم ينكم صحة ما نقل عن علي رضي الله عنه فقال المصنف رحمه الله هذه الجهة من جهات العال يؤيد صحة قول علي رضي الله عنه فكانت اللام للصلة داخل على المفعول كما في قوله تعالى وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع ان النفي ليس بحكم وجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضع بعضها

(كتاب الحدود * فصل في كيفية الحد واقامته)

بعضا وما ارى اختيار المصنف رحمه الله لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله
والحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام منسوخ
كشطرة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف
طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب
بانه بيان لكون الحديث منسوخا بنسخ ولم يبين ان النسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم
الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والا يذاء باللسان
فانتسخ ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم
انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على ان الحديث مقدم على
قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ
امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال صلى الله عليه وسلم خذوا
عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العربنين
واليه اشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه اي دل في حديث العربنين دال
على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزها البول وهو جواز المثلة فكذلك
ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا
هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله الا ان يرى ذلك مصلحة
استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب
الزاني مصلحة لدمارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه
قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي
عن بعض الصحابة رضي الله عنهم روي ان ابا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى
فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول (شعر) هل من سبيل الى خمرا شرها * وهل سبيل
الى نصرين حجاج * الى فنى ما جدد الاعراق مقتبل * سهل المحيا كريم غير ملجأج * فطلب

فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبى
يا امير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان
جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول
على السياسة والتعزير وقوله واذا زنى المريض الى آخره ظاهرا وقوله قال الغامدية روى ان
الغامدية لما اقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها
رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت
ثانيا واقرت فقال ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اخاف ان اموت قبل ان احده
فقال رجل انا قوم بترية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها فدل ان
الحكم هو لنا خير عن هذا الزمان اذ لم يكن لولدها مرب والله اعلم بالصواب *

باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجب

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجب ونذكرنا تعريف
الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المصنف رحمه الله ههنا واعتز باننا غير منعكس لان الزنا يصدق
في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد فانها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطى
الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه واجيب بان هذا
التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمرأة تدخل فيه تبعاً لما سيجي بعد هذا ان كل
موضع يجب فيه الحد على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل
لا يجب على المرأة فان قيل قوله لانه فعل محظور تعليل وانع في غير محله لانه في التصورات
قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقق الزنا
وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور بوجب الحد

(كتاب الحدود * باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يويد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اد رأوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل ويسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشبه عليه حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد وشبهة في المحل ويسمى شبهة حكومية ويسمى شبهة ملك ايضا فانها لا توجب وان قال علمت انها حرام علي فلا رأى تحقق في حق من اشبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امرأته تحل له بناء على ان الوطى نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطى فيكون تحتها بالنسبة الى الظان والثانية تتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا مانعا اتصل بها وهذه لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت في الثاني اي في الوطى الثاني وقيل اي في المذكور الثاني والاولى ان يقال في النوع الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل بمحض اي خلع زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى الوطى وقيل هذا ليس بمجري على عدومه فان المطلقة التلث يثبت فيها النسب لان هذا ووطى في شبهة العتد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلفة والمطلقة بعوض ينبغي ان تكون كالمطلقة تلثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكرنا فان قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت انها لحرام علي وقالت الجارية ظننت انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المرأة فلد موى الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء

ما يجي فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلث حتى لا يحد اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في ان من طلق امرأته ثلثا هل يقع اولافينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجي وشبهة ام ولد اعتقها مولاه هي ما قلنا في المطلقة ثلثا وهي في العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطى والجارية المهرثة في حق المهرته في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المهرته ظننت انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن او لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطى جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشبهه قياسا على ما لو وطى جارية اشتراها على ان البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ما ذكره في كتاب الحدود وهو ان عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما اورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبهه او لم يشبهه كما في الاجارية المستأجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة سبب ملك المتعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل ثبت بهذا القدر ملك المتعة اولا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه

(كتاب الحدود * باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)

ما لا يشتهه بخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك الما
 حال قيام الجارية سبب لملك المنفعة فقد انعقد له سبب ملك المنفعة وههنا انما يملك مالمية
 المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المنفعة في حال من الاحوال فكان
 بمنزلة ملك المنفعة ثم عدا الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه
 لقيام المنتضي للمك وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت وما لك لا ييك والمطلقة طلاقا بائنا
 بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية او بائنة والجارية المبعة في
 حق البائع قبل التسليم لان اليد التي كان بها مسلطا على الوطء باقية بعد فصارت الشبهة
 في المحل والمسبورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك
 في النصف والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه
 المواضع لا يجب التحديد بكل تندير وهذا النوعان من الشبهة هو ان ما كان راجعا الى الفاعل
 والثائل ونم شبهة اخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت به
 سواء كان العقد حلالا او حراما متفقاً عليه او مختلفا فيه وسواء كان الواطء عالما بالحرمة
 او جاهلا بها وعند العلماء الباقي لا تثبت اذا علم بتحريره ويظهر ذلك في نكاح المحارم
 على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة
 سهل تخريم الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى
 فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ يَأْتِيََ آخِرَهُ وَقَوْلُهُ وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْخَالَفُ فِيهِ يَرِيدُ قَوْلَ
 الزَّيْدِيَّةِ وَالْإِمَامِيَّةِ فَإِنَّ الزَّيْدِيَّةَ يَقُولُ إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا جُمْلَةً لَا يَتَّبِعُ إِلَّا وَاحِدَةً وَالْإِمَامِيَّةُ يَقُولُ
 أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِلَّا لِكُونِهِ خِلَافَ السَّنَةِ وَيَزْعَمُونَ أَنَّهُ قَوْلُ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِأَنَّهُ خِلَافُ
 لاختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصد واحد والاختلاف
 ان يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب يعني
 النسب باعتبار العلق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه لا يثبت وقوله

وقوله وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك اى كذلك الحكم اذا نوى من
الفاظ الكناية ثلثهم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها حرام علي لان اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية الثلث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده بعنى وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك
تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الحد وقوله وقد ذكرناه اى في باب نكاح الرقيق
وقوله وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله ولو قال ظننت انها تحل لي وقد قدمناه وقوله
في الظاهر متعلق بقوله وكذا اى لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورد
الشبهة في احد الجانبين يكفي لا سقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى
البالغ بصبيبة بحيث يجب الحد على البالغ دون الصبيبة مع ان الفعل هناك ايضا واحد
اجيب بان سقوط الحد في جانب الصبيبة لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية
للعقوبات وكلا مناهما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر
في الجانب الآخر وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل اى حد لانه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم لما بينا بعنى قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما
فان قيل لم لم يجعل هذا كالسرقة بعنى اذا اسرق مال اخيه او اخته لا يقطع اجيب بان بعضهم
هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع
دائر مع هنك الحرز وما ههنا فالحد دائر مع الملك او العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته
ولا العقد فيجب الحد والله اعلم **قوله** ومن زفت اليه غير امرأته هذا من باب الشبهة
في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العدل به وهو الاخبار بانها
امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحققت
اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولديت النسب ولو كان
الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولا يحد فاذنه الا في رواية عن ابى يوسف

(كتاب الحدود * باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

رحمة الله يعني انه يقول فيها ان احصائه لم يستط بهذا الفعل لانه بنى الحكم على الظاهر
فقد كان هذا الوطى حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصائه ووجه الظاهر ان الملك منعدم
حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينال
على فراشها غيرهما من المحارم التي في بيتها يعني فلا يصح مجرد النوم على فراشها لئلا
شرعا وكان مقصرا فيجب الحد وانما قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل
ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح ومن تزوج امرأة لا يحل له
نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع عقوبة اذا
كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد
اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله لا يغوكما
اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا لان محل التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف
محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا للحكمة لان حكمه
الحل وهي من المحرمات * ولا يبي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل
التصرف ما يكون قابلا لمقصوده وهو التوالد ههنا وبنات آدم قابلة لذلك **قوله** وهذا
المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او في وقت دون وقت والاول
ممنوع لانه كان محلا له في شريعة من قبلنا والثاني مسلم ولكن كونه محلا في الجملة
لم لا يجوز ان يكون شبهة في درأ الحدود فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة
لا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والغرض وجودة اولاد اهل الذمة من محارمهم
لا تنسب الى الزنا في العرف وهم يقررون على نكاح المحارم ولا يقررون على الزنا بل
يحدون عليه واذا ثبت ان العقد صادف محله كان ينبغي ان ينعقد في حق جميع
الاحكام الا انه تفاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع في ديننا فتورث الشبهة لان
الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر قوله

قوله ومن وطئ اجنبية فيمادون الفرج اي في غير السبامين كالنخيد والتبطين عزز
لانه فعل منكرك ليس فيه شيء متدر * ومن اتى امرأة قيل يريد به اجنبية لانه اذا
اتى امرأته او مملوكته في الموضع المكروه اي الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا
وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى
الاعلى ازواجهم او ما ملكت ايما نهم من غير فصل بين محل ومحل او عدل عمل قوم
لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن
وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو
احد قولي الشافعي رحمه الله وقال في قول آخر يقتلان بكل حال اي سواء كانا محصنين
اولم يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى
والاسفل * ولهما انه اي اللواط في معنى الزنا وقيل اي كل واحد من العدل في الموضع
المكروه وفعل اللواط وفي بعض النسخ انهما في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل
مشتهى على سبيل الكمال على وجه تحض حراما المقصد سقم الماء وهو مناط الحد
في الزنا فيلحق به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يدرك بالشبهات
وله انه ليس بزنى لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجهه من الاحراق بالنار وهدم
الجدار عليه او التنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحبار وغير ذلك من الحبس في انتن
المواضع حتى يموتا ولم يختلفوا في موجب الزنا فدل على انه ليس بزنى ولا هو في معنى
الزنا لانه ليس فيه اضاعه الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا كذا هو اند روقعا
من الزنى لانعدام الداعي في احد الجانبين يعني على ما هو الجملة السليمة والداعي
الى الزنا من الجانبين واذ لم يكن في معناه لايحق به دلالة فيبقى القياس والقياس
في مثله باطل ومارواه من قتلها او رجمها محمول على السياسة او المستحل لكثرة
بذلك الا انه يعزر عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله لما بيناه انه ارتكب جريمة وليس فيه

(كتاب الحدود * باب وطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

حد مقدر قال في الزيادات والراى الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه
وحبسه وقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا * ومن وطى بهيمة فلا حد عليه
لانه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش
ولا في وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه وانما تحمله على ذلك نهاية السفه او فرط
الشبق ولهذا لا يجب ستمه اي ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه وان لم يسبق ذكره
لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكما الا انه يعزول ما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد
مقدر وما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اتى بهيمة فاقتلوه شان لا يعمل به
واوثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذي يروى انه تذببح البهيمة وهو ما روي عن
علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت واحترقت
بالنار فذلك لقطع التحدث به كي لا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية الا انه غير واجب
قوله ومن زنى في دار الحرب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج اليها
واقرب عند الامام بالنزلا يقام عليه الحد وقال الشافعي رحمه الله يعدد لانه التزم باسلامه
احكامه اينما كان مقامه ولما قوله صلى الله عليه وسلم لا يقيم الحدود في دار الحرب ووجه
التمسك به انه عليه الصلوة والسلام لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل واحد
يعرف انه لا يمكن اقامة الحد في دار الحرب لا نقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم
الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث يعارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل
اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد
والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطبق الشارحون وفيه نظير يعرف باستحضار
قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية
بوجود ويجوز ان يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان
الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطى الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته

وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذ اخص مقارنا جاز التخصيص بعده
 بخبر الواحد والقباس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعني ان وجوب الحد ليس لعينه
 وانما هو الانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام
 فلو وجب الحد لعرض عن الفائدة وذلك لا يجوز واذ لم ينقد موجبا لا يقيم بعدما خرج
 لئلا يقع الحكم بغير سبب وانت الضمير في قوله لانها لم تنقد بتاويل الفا حشة قال الله
 تعالى وَلَا تَقْرُبُوا الزَّانِيَةَ كَانَ فَاحِشَةً وَبِتَاوِيلِ الْوِطْئَةِ وَقَوْلُهُ وَلَوْ غَزَا ظَاهِرُ وَقَوْلُهُ فِي مَعْسَكِهِ
 اشارة الى انه لو خرج من معسكرة ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقيم
 عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار ومنه خير السرايا اربع
 مائة وقوله واذ اذ دخل حربي دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا في هذه المسئلة
 شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحرية عند ابي حنيفة
 رحمه الله وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة احد الطرفين للآخر لكونه حربيا او ذميا او ذكرا
 او انثى وعند محمد رحمه الله عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحرية واما في جانب
 الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحسد الذمي ولا يحسد
 الحرية وفي العكس لا يحسدان وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وقال آخر شمول
 الوجوب في الانواع كلها ان المستأمن التزم احكاما مأمدة مقامه في دارنا كما ان الذمي
 التزمها مدة عمرة ومن التزم احكاما تنفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحسد حد القذف
 ويقتل قصاصا * فان قيل لو كان كذلك لاقى عليه حد الشرب لانه من احكامنا آجابه
 بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد ابا حنيفة فان قلت فهو يعتقد ابا حنيفة قتل المسلم وقذفه
 فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحسد بقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحه وهو ان يكون ذاك
 دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذاك ليس بدين وانما هو هوى
 تعصب ولا ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار

(كتاب الحدود * باب الوطى الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

لان الاتصاف بكونه من دارنا انما هو بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل
 الحاجة التجارة ونحوها فلم يصير من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب
 ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصير من دارنا فكان دخوله لحاجة كان ملتزما
 من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما يدخل الاطامعا
 في الانصاف اي العدل لاجله على غيره يلتزم الانتصاف اي العدل لغيره عليه لان
 الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف
 واما حد الزنا فمحض حقوق الشرع فلا يكون داخلا فيه فلما فرغا من الجواب عن قول
 ابي يوسف رحمه الله شرع في كل منهما في انبات ما ذهب اليه فقال محمد رحمه الله
 الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما يأتي فامتناع الحد في حق الاصل
 فيما اذانى الحربي بذميمة يوجب امتناعه في حق التبع والا فلا يكون تبعاً فكان خلفا
 اما الامتناع في حق التبع فيما اذانى الذمي بحرية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل
 والا لكان مستتبعا وكان اصلا والغرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذانى
 البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق
 الاصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع
 في حق الاصل يستلزمه في حق التبع ولا يبي حنيفة رحمه الله ان فعل الحربي المستأنم
 زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع
 على اصلنا ولهذا الوقوفه فان بعد الاسلام يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب
 تبليغه ما منه بقوله تعالى ثُمَّ ابْلُغْهُ مَأْمَنَهُ واذ كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان
 التمكين من فعل الزنا يوجب الحد بقوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا واجيب الحد
 عليها لوجوب المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه ما منه
 والمراد بالحرمان ترك الامثال بالاوامر والانتها عن النواهي فان الكفار مخاطبون

مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعتاب عليهم وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشائخنا العراقيين رحمهم الله فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها العبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا رحمهم الله فانهم قالوا الكفار وغير مخاطبين بالشرائع وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومشائخنا يارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتدل السقوط من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد رحمه الله على ان سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعله زنا والتمكين من الزنا لا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكروه بالمطوعة تحد المطوعة وعند محمد رحمه الله لا تحد **قوله** واذا زنى الصبي والمجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله قياس احد الجانبين بالآخر قالوا العذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذر من جانبها وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجماع ان كلامهما ما واخذ بتعلله ويلنا ظاهرهما ذكرنا آتفا لمحمد رحمه الله فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي والمجنون اذا زنى بالمطوعة ينبغي ان يجب المهر عليه لان الوطى لا يخلو عن احد الموجبين اما الحد واما المهر وورد اورد في الذخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاعته المرأة واجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاخصان موقوف على شرائط اخر ويلزم من تحقق فعل الزنا منه تحققة منها بسبب التمكين لان تكييفها سبب لفعل الرجل

(كتاب الحدود * باب الوطى الذي يوجب الحد الذي لا يوجب)

فيقام المسبب مقام السبب في حقها ومن الثاني بانالوا وجبنا المهر على الصبي فيما اذا طأ ومته لخللا الايجاب من الفائدة لان لولى الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طأ ومته صارت امرأة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكروهة او صبية فان المكروهة ليست بامرأة والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكروهة فايوجب المهر كان مفيدا ثم اذ ليس لولى الصبي حينئذ ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكراهه السلطان الى آخره ظاهر وقوله وعليه المهر في ذلك يعنى في كلتا صورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي ان لا يوجب المهر اذا اقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكورة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعى النكاح فبد دعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطى لانه في دعواه امان يكون مصدقا ومكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لامحالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياطا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطى لا يخلو عن غرامة او عقوبة واذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذا فيثبت لها المهر وان ردت وقوله ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة في الجارية وامكان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرية والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرية وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما ان شبهة عدم وجوب الحد على الزنا عند اداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرية لان الامة تصالح ان تكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ما ك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذ هب عنبها وهو وجه قول ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة وقوله وهو على هذا الاختلاف اى شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابي حنيفة و

ومحمد رحمهما الله بعد خلافا لابي يوسف رحمه الله فكان رد المختلف الى المختلف
لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذکور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه ولهما
ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما
لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والميت
ليس بمحل للملك وقوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن
انما يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لاني منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت
فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستند لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع
المستوفات معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبيين لئلا يشترط الوجود كما في الحبض
درو في باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول
اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحبض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله وهذا
بخلاف ما اذا زنى بها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف رحمه الله كما
قدمنا وتقريره ان الزاني بالضمان يملك الجنة العمياء لكونها قابلة للملك اذ هي عين
موجودة فتورت الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على اصل الجواب دون التنزل فان
لقائل ان يقول الملك يثبت في الجنة العمياء مستندا فلا يظهر في المستوفى اعني المنافع
لكونها معدومة واما اذا نظرت الى اصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل
ايضا فان الملك وان كان تاما فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة
وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجنة العمياء لثبوت الملك فيها حقيقة فتكون في المنافع
الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا اصلا وكل شيء صنعه
الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد عليه الا القصاص فانه
يؤخذ به وبالا موال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره قال صلى الله

عليه وسلم اربع الى الولاة وعدمها اقامة الحدود وكلامه واضح واماد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحسد المستامن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم انه لا يحسد لانه حق العبد والجواب ان قذف القاذف يشتمل على حقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي ان يكون حق العبد لا مكان الاستيناء وما يليق بالامام ان يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم بالصواب *

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكرنا ان ثبوت الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غيرهما الاقرار والشهادة واخر الشهادة ههنا عن الاقرار لثقل ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل في السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة ان رؤية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالمليل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة **قوله** وان شهد الشهود بعد متقادم اذا شهد الشهود بعد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة واعاد لنظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح هي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشائخ رحمه الله قد رست اشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحسد المشهود عليه لا يحسد الشهود ايضا حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخبرين حسبين اجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب وقوله بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول لشهادة

الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على مامروا الدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم الحدود الخالصة حق الله تعالى وهونهم الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حق الله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فردا ولا كما ادبر الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من افرادة وقوله ولان السرقة جواب آخر ووجهه ان السرقة تقام على الاستمرار لانها توجد في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا اكنمه صار اثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة ظاهر وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في حقوق العباد اما اعلام من له القضاء او التمكن لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه على الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فاذا كان الاستيفاء من تمة القضاء في حقوق الله تعالى واختلنا في حد التقادم وشار في الجماع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرنا وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر في ذلك ذكر الناطفي في الاجناس عن نوادر المعاني قال ابو يوسف رحمه الله جهدنا على ابي حنيفة رحمه الله ان يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه اليه رأي القاضي في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قد رة بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ذكر في المجرد قال ابو حنيفة رحمه الله لو سأل القاضي مني زنى بهان قالوا منذ اقل من شهر اقيم الحدود او قالوا شهر او اكثر رد الحد قال الناطفي فقد قدرة على هذه الرواية بشيء وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمه الله اصله مستلة

(كتاب الحدود * باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

اليمين حلف ليتضمن دين فلان عاجلا فقصاه فيمادون الشهر بر في يمينه وقوله وهو
 الاصح يعني تقدير التقادم منه بشهر وقوله وهذا اي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر
 اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام
 فلا يتحقق التهمة **قوله** واذا شهدوا على رجل اذا شهدوا على رجل انه زني بفلانة
 وفلانة غائبة فانه يحسد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع
 والفرق ان بالغيبة تعدم الدعوى لانها لا تصح على الغائب وهي شرط في السرقة دون الزنا
 وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبرة بالمهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر هي الشبهة دون
 النازل عنها لئلا ينسب باب اقامة الحد وبيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد
 لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال
 وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احدا واء التصاص غائبا
 فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال ان يحضر الغائب فيقر بالعفولانه لو حضر
 واقربه سقط الغصاص بحقيقة العفولان بشبهة فاذا كان غائبا ثبت شبهة العفولان شبهة الشبهة
 وان شهدوا انه زني بامرأة لا يعرفونها لم يحسد لاحتمال انها امرأتة او امته بل هو الظاهر
 لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما
 الا بالمعروفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنا بامرأة
 لا يعرفها حدلانه لا يخفى عليه امرأتة او امته وان شهد اثنان انه زني بفلانة فاستكرهها
 واخران انها طوخته درى الحد عنهما جميعا عندابي حنيفة رحدة الله وهو قول زفر رحدة الله
 وقالوا يحسد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق القرينين على الموجب للحد وتقر احد هما
 بزيادة جنابة وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط
 تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها المعنى غير
 مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطى الصغيرة

الصغيرة المشتهة والمجنونة ولا بني حنيفة رحمه الله ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل
 واحد يقوم بهما وكلما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهو لاء اثبتوا له
 وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكراهة يوجب انفرد الرجل به
 واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على
 كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولان شاهدي الطوعية دليل آخر وتقريره لان
 شاهدي الطوعية صار اثنان لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا
 انتفت بشهادتهما انتقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة
 حد القذف على شاهدي الطوعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الكراهة لان زناها
 مذكورة بسنط احصائها الوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله وان شهد
 اثنان انه زني بالمرأة بالكوفة ظاهر وقوله خلافا للزفر رحمه الله يعني انه يقول يحدون
 لان شهادتهم لم تنبل لمتصان العدد فصاركلامهم قدنا كلثة شهد واعلى رجل بالزنا فانهم
 يحدون حد القذف ولما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد يريد شبهة اتحاد المشهود به تقريره ان الشبهة
 دارئة في الحدود بالحدوث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعدد كامل على زنا
 واحد صورة في زعمهم نظر الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء
 الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة عدم الاتحاد في المشهود به فيندري الحد قيل والحاصل انها
 شهادة من وجه دون وجه بالنظر الى الاول لم يحد المشهود بالنظر الى الثاني لم يحد المشهود
 عليه وقوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ظاهر ولا يقال بان ذلك احتيال
 لوجوب الحد والحدود يحتال لدرءه الا لاثباتها لان هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة
 حجة يجب تصحيحها ما يمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان كان
 كذلك فما بالكم لم تصحوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطوعية على مذهب ابني حنيفة
 رحمه الله بان يحمل على ان يكون ابتداء الفعل عن الاكراه وانتهاءه عن طوع اجيب بان

(كتاب الحدود * باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

كل ما ذكر في مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين ان يكون اكراهاً من اوله الى آخره وبين ان يكون اوله اكراهاً و آخره طوعاً لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من اوله الى آخره اكراهاً او اوله اكراهاً و آخره طوعاً فلما كان كذلك كان في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرناه **قوله** وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالخيلة تصغير الخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والياء المفتوحة والجيم تصحيف لانها اسم حي من اليمن ودبره ندى لا يساعد عليه لانه ايضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله لاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تسع وجوب الحد على القاذف وقوله درى الحد عنهما وعنه يوضح ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصاً في استطاق الحد فيستقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل بقولهن في اثبات الحدود وقوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عديان ظاهر وقوله لان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملاً ولا ناقصاً فانقلب شهادتهم قذفاً لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذاً ضرورة وقوله لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل يعني بالنص قال الله تعالى **اِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا** فالامر بالتبنيث دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه لو لم يكن اهلاً لما امره بالتبيين الا يرى ان العبد اذا شهد يومه بالرد لا بالتبنيث وذكر الامام فاضيل بن رحمة الله ان الشهود ثلثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالا عصى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفوا ادلاً حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسمتين على

على ما مر وهما لم يوجد منه حسبة السر وهو ظاهر لا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان
عدد هم فان الله تعالى قال وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ
ثَمَانِينَ جَلْدَةً واذالم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما
كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهدا ربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون
يعنى ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله وصار كالرجم والتصاص يعنى
اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة
رحمه الله ظاهر وقوله فى الصحيح يعنى فى الصحيح من الرواية وذكر فى مبسوط فخر الاسلام
ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاذفة وجه لانه ليس بما مور بهذا الوجه لانه امر
بضرب مولى لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع نفعه
تعدى فوجب عليه الضمان وذكر فى الايضاح فى هذه المسئلة لا ينعينغفة رحمه الله وجهها
حسنا وهوان الاضافة الى الشهود من حيث الاجاب دون الایجاد والاثار الحاصل
موجب وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب
عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة الشبهة معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل
لم تكن فيه لان الكلام اذا تداولته اللسنة يمكن فيه زيادة ونقصان
وقوله انهم فائدون مقامهم اى الفروع متنام الاصول فكان رد الشهادة الاصول وذلك
لان الموضع الذي يقبل فيه شهادة الفروع يقبل شهادة الاصول ففى الموضع الذي
ترد ينعدم ردها الى شهادة الاصول من وجه ذلك شبهة وقوله ولا يحدد الشهود يعنى
الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاولية موجودة وامتناع الحد عن المشهود عليه
لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول وهى كافية للدرء
للايجاب لان الشبهة مسقط للحد لا موجبة له **قوله** واذ شهدا ربعة على رجل بالزنا هذا شروع
فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله لانه ان كان قاذف حي فقد

(كتاب الحدود * باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

بطل بالموت يعني لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك وان لم يستطع الاحصان فلا تمل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنسخ به فاذا انسخت كانت قذفا لا تنفك الحسبتين جميعا فجعل الحال قذفا للميت فاذا انقلبت قذفا فقد انسخت حجتها واذا انسخت حجتها انسخ ما يمتني عليها وهو القضاء واذا انسخ القضاء دفع القول بكونه مرجوما بحكم القاضي فلا يستطع الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لانه زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه مغتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح منقرز فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولنا ان يقول القضاء لو كان قائما في زعمه ما وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما في زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارية للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حد او ما ذلك الا لان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر رحمه الله ومن قذف حيائهم مات المقدوف لا يحد القاذف واجيب بان احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلد فقد قذف حيا فيحد وان كان رجما فقد قذف حيائهم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه طاهر وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا فيه لكن سلب منه ذلك اذا صار شهادة وانما تصير شهادة بانصال القضاء به فان لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وهنا قال انها قذف وانما تصير شهادة بانصال القضاء بها ويمكن ان

ان يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قد في الاصل وانما تصير شهادة با اتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا ما اخذ من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال الله تعالى وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ لان الكل قد فة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مواخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعنى بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولنا ان الشهادة انما تنقلب نذا الى آخرة ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من يتم به الحجة وقد انسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلولزمه ذلك لكان لزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون لازما اياه الحد اجيب بان الحد لم يجب الا لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لا بزال المانع ولو اعتبرنا هذا المانع لوجب القول بانهم لورجعوا معال يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على شهادة نفسه وهذا بعيد **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى نفسه اذا مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكباء وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فزكوا فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابى حنيفة رحمه الله معناه فاذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله هو ابى الضمان على بيت المال ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا ان يكون الرجوع بان يقولوا اخطانا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع فان قيل هذا اذا قالوا يعنى لو قالوا اخطانا لما وجب الضمان بالاتفاق قالوا المزكون ما اثبتوا سبب الا تلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اتوا على الشهود خيرا فكان كما اذا اتوا على المشهود عليه خيرا فكان نوافي المعنى كشهود الاحصان الا ان اولئك اثبتوا اخصالا حميدة في الزاني وهؤلاء اثبتوا اخصالا حميدة

(كتاب الحدود * باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

في الشاهد فكما الاضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء وقوله وله ان الشهادة ظاهرة وقوله وهذا
 يعني وجوب الضمان على قول البخينة رحمه الله وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر
 لما تقدم ان كلام كل منهم بصير شهادة بانصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله
 لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء مظاهر خطاؤه يبين صار كأن لم يكن
 فلم يتصل القضاء كلامهم فلم تصر شهادة فان قيل فلم لا يحد الشهود قلت لانهم قد فؤوا حيا
 ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قدفا للميت للحال بطريق
 الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لاننا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة
 ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا او مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب ان
 الانقلاب صيرورة الشهادة قدفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان
 ان القضاء صحيح ظاهر وقت القتل اى ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي بكفى
 لا يرث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مباح الدم فصورته يمكن شبهة كالحاح الفاسد يجعل
 شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولي اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله
 وان رجم على بناء الفاعل اى الرجل الذي ضرب عنقه لم يضره وانما رجمه ثم وجدوا
 اى الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فقتل فعلة اى فعل الراجم
 الى الامام ولو باشرة الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلد
 ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا
 ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره لانه امره بالرجم دون جز الرقبة فلم ينتقل فعلة اليه واذا شهدوا
 على رجل بالزنا قالوا تعدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم كما ذكر
 في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير لشمس الائمة السرخسي رحمه الله قال بعض العلماء
 لا تقبل شهادةهم لا قرارهم على انفسهم بالفسق فان النظر الى عورة الغير قصد افسق وانما يقبل
 شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصد ولكننا نقول النظر

النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعاً فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة
 البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم مالم يروا كالرشاء في البيرو والميل في المكحاة
 لا يسعهم ان يشهدوا وقوله واذ شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والا حصان يثبت
 بمثله اى بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الا يرى انه يثبت بشهادة رجل وامرأتين
 عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب
 وقوله خلا فالزفرو الشافعي رحمه الله فالشافعي رحمه الله مر على اصله وزفر
 رحمه الله جعل الاحصان شرطاً في معنى العلة لان الجنابة تتغلظ عنده فيضاف الحكم
 اليه فاشبه حقيقة العلة ويترتب على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء
 لا تقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سياتي
 لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله فصار كما اذا شهد ذميان على
 ذمي الخ يعني ان الزاني لو كان مملوكاً لزمي وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي
 اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما
 كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله وقوله
 لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة
 بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب
 اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع عن الزنا على ما ذكرنا
 قبل باب الوطئ الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجراً وكل ما كان مانعاً عن الزنى
 لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهد وابه اى بالنكاح في غير هذه الحالة يعني
 لو شهد رجل وامرأتان ان فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم
 فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني زفر رحمه الله من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق
 عبده قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضاً بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه تاريخ ينكوه

(كتاب الحدود * باب حد الشرب)

المسلم أو يتضرره من حيث إقامة العتوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرره لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون أحد الأمرين المبينين على الأصل الذي ذكرناه من قبل *

باب حد الشرب

أما آخر حد الشرب عن حد الزنا لأن جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فإنه بمنزلة قتل النفس فإن الله تعالى قرن ذكره بعبادة الأصنام وقتل النفس حيث قال الله تعالى وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ لَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ولهذا لم يحل في دين من الأديان وأخر حد القذف عن حد الشرب لما أن جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فإن القذف خبر محتمل بين المصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواران يكون صادفاً في نسبته إلى الزنا فلا يكون قذفاً ومن شرب الخمر فآخذوا ربحها موجود أوجاؤا به سكران فشهد الشهود عليه أي على الشارب بذاك أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عَرَأْنُ بَيْنَ ذَلِكَ أَوْ شَهِدُوا عَلَى شَرْبِ الْخَمْرِ مَعِجْمُهُمْ بِهِ وَهُوَ سُكْرَانُ فَعَالِيهِ الْحَدُ وَظَاهِرُهُ يَفْتَضِي أَنْ لَا يَشْطُرُ الرَّائِحَةُ بَعْدَ مَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَيْهِ بِالسُّكْرِ مِنَ الْخَمْرِ وَلَكِنْ الرِّوَايَاتُ فِي الشُّرُوحِ مُتَقِدَّةٌ بِوُجُودِ الرَّائِحَةِ فِي حَقِّ وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى شَارِبِ الْخَمْرِ عِنْدَ ابْتِحَانِهِ وَابْيُوسَفِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ سَوَاءُ ثَبِتَ وَجُوبُ الْحَدِّ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالِاقْتِرَارِ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَيْ فِي وَجُوبِ الْحَدِّ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ فَإِنْ عَادَ فَاجْلِدُوهُ قِيلَ ثَمَامَ الْحَدِيثِ فَإِنْ عَادَ فَاقْتُلُوهُ وَهُوَ مَرْكُوكُ الْعَدْلِ بِهِ فَلْيَكُنِ الْبَاقِي كَذَلِكَ وَاجْتِيبَ بِأَنَّهُ تَرَكَ الْعَمَلَ بِذَلِكَ لِمُعَارَضِ وَهُوَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ إِلَّا بِأَحَدٍ مَعَانِ ثَلَاثَ أَوَائِسَ شَرِبَ

شرب الخمر منها بقية الباقي معدولا به لعدم المعارض وقوله فان اقرب عدد هاب رائجتها واضح
 وقوله غير انه مقدّر بالزمان عنده اي عند محمد رحمه الله وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا
 وقوله وهذا يعنى تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التأخير يتحقق بهضي الزمان
 فلا بد من تقدير زمان واما ان ذلك ستة اشهر او شهر واحد فيعلم في موضع آخر واما
 عدم اعتبار صحة الرائحة فلانها محتملة ان تكون من غيرها كما قيل (شعير) يقولون
 لي انك قد شربت مدامة * فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا * وهذه الرواية وهي
 رواية المطرزي بكلمة قد وقدر وي بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تستط
 هبة الوصل من انك في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر ضرورة الشعور والمدامة
 بمعنى المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه
 فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر وهو الرائحة
 من اقوي الدلائل على القرب وقوله وانما يصار الى التقدير بالزمان جواب عن اعتبار
 الزمان اي انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز
 بين الروائع ممكن للمستدل جواب عن قوله الرائحة قد تكون من غيره هذا
 بالنسبة الى الاثبات بالبيئة واما الافرار فالتقدم لا يبطئه عند محمد رحمه الله كما
 في حد الزنا على ما مر وتقريره ان الانسان لا يكون متهدا بالنسبة الى نفسه وعند هذا
 لا يتم الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم
 ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعنى
 قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب
 باتفاق ابن مسعود رضي الله عنه ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرطه ابن
 مسعود رضي الله عنه وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقيون وايضا صلام ابن مسعود
 رضي الله عنه شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام

بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مد فوع بما ذكرنا
اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال
ههنا انه ثابت باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا متناهيان وايضا اشتراط الرأفة منافي
لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وربحها يوجد منه
ظاهر **قوله** ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب
شيئان نقيع ونبيذ فالنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى يخرج حلاوته الى الماء
ثم يطبخ ادنى طبخة فمادام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ
هي التي من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا واشتد
وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه
مادون السكر وعند محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلثة السكر والغصم
والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد
وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يحل شربه للتداوي والتقوي الا للقدح
المسكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في
الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار حدة فسنذكره ان شاء الله تعالى وقوله ولا حد على
من وجد منه رأفة الخمر او تقبأها يعنى اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرأفة محتملة
فان قيل هذا التعليل منافي لما ذكر قبله وهو قوله والتميز بين الروائع ممكن للمستدل اجيب
بان الاحتمال في نفس الروائع قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء
او التميز ممكن لمن هابن الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه واقول والجواب الثاني احسن
لاشماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب
والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرأفة محتملة على مذهب
محمد رحمه الله وقوله وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار على قولهما ولا يحد السكران

السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح الا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك والذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالا جماع لان السكر من البنج حرام مع انه مأكول فمن المشروب اولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام لا على ان البنج حرام وكلام المصنف رحمه الله يدل على ان البنج مباح ولا تاتي بينهما واحد الخمر وحد السكر من غير الخمر في الحرثمانون سرطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله انه لا يجرد عن ثيابه اظهار للتخفيف لانه لم يرد به نص اى بالحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة يعني من حيث العدد ولم نجعله مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثيابه فيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد ابو بكر رضي الله عنه اربعين ثم جلد عمر رضي الله عنه اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام من لسان المجمعين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جازله ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم معتبرا لحد المنتهين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وانما اظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف والله در لاطافه وقوله ومن اقرب شرب الخمر والسكر بفتحين وهو

مصير الرطب اذا اشتد وقبل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت
 بالافرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله
 يثبت باقرار مرتين في مجلسين اعتبار العدد الافرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة
 وسنبيها هناك ان شاء الله تعالى **قوله** ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا تقبل
 شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب ايضا لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال
 والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى **فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ** الى
 قوله **أَنْ تَصَلَ أَحَدُهُمَا فَتَذَكَّرَ أَحَدُهُمَا الأُخْرَى** وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية
 لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن
 استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم والسكران
 الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة هذا لفظ
 الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
 وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اى يكون غالب كلامه الهذيان وان كان بصفة مستقيمة فليس
 بسكران لانه السكران في العرف واليه اى الى قولهما مال اكثر للمشائخ رحمهم الله وعن ابن
 الوليد قال سألت ابا يوسف رحمه الله عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان يستقرأ
فَلْيَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ ولا يقدر عليه وقلت له كيف عينت هذه السورة وربما اخطأ فيه الصاحي
 قال لان بحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا
 على استقراء هذه السورة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الحدود يؤخذ في اسبابها باقصاها روا
 للحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء ومادون ذلك
 لا يعري من شبهة الصحوي يعنى انه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع
 ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية في السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود
 تندرج بالشبهات وهذا وافقهما في السكر الذي يحرم عدة القدرح المسكران المعتبر فيه هو

هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندره بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالا احتياط وهذا معنى قوله والمعتبر في القذف المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع اخذا بالا احتياط لانه لما اعتقد حرمة القذف الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في حد السكران ممتنع عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشبه مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشبه والصاحي ربما يزلق او يعثر في مشبه فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه يعني في الحدود الخاصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقه لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذان زاد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي متوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افتري وحد المفتري ثمانون جلدة فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالتقصاص وغيره ولو ارند سكران لا تبين منه امراته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة رضي الله عنهم فاكلوا وسقاهم خمر او كان ذلك قبل تحريرها فامهم في صلوة المغرب عبد الرحمن او غيره وقرء سورة الكافرون بطرح اللءات مع ان اعتقادها كفر وام يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر *

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي الشرع نسبة من احسن الى الزنا صريحا ودلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا وامرأة محصنة بصريح لفظي من الشبهة الذي لو اقام القاذف

عليه اربعة من الشهود او اقربه المقذوف لزمه حد الزنا وطالب المقذوف بالحد وعجز
القاذف عن اثبات ما قذفه به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا قوله تعالى والذين
يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد بقوله والذين يرمون
المحصنات الرمي بالزنا بالاجماع واليه الاشارة في النص لانه شرط اربعة من الشهداء وهو
مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحقيقه بدونه بان قال لست لايك
وبان القياس ان لا يجب المطالبة لان حق الله تعالى فيه غالب والمغلوب في مقابلته
كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طالبه حد والجواب
انه اذا قذفه بصريح الزنا وجد الشرط وجب الحد لا محالة فتلك قضية صادقة وامانه
اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس بلام لازم لان التقييد به لا خراج ما كان منه بطريق
الكناية مثل ان يقول يا زاني فقال آخر صدقت لا اخراج ما ذكرتم وحق العبد
وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبة احتيالا للدعوى وابن المقذوف انما يقدر على
المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف
ميتا لتحقيق قيامه مقامه من كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف
على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف ولا يجرد
من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا
وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل فلا يقام
على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معين بالبينة او الاقرار وههنا
بعد ثبوت القذف بالبينة او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه
في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع عنه الغرر والحشوا استثناء من قوله
ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الغرر والحشو كما في قوله تعالى عَوَّانٌ لِّذَلِكَ وقوله
وان كان القاذف مبدأ ظاهرا وقوله والاحصان بيان شروطه وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما

منهما قيل عليه لو كان كذلك لخدم من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وأن قذفه بعد الافاقة اجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطى الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المتذوف كمن قذف رجلا ووطى بشبهة او ووطى جاريته المشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن تقريره ان الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْآيَةَ وَالْكَافِرِ لَيْسَ بِمَحْصَنٍ لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى نسب غيره وقال است لايبك يحد ان كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف امه لانه نفى النسب والنسب انما ينفي عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الام ثابت ييقن ونفاة عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط ان يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب ان لا يجب الحد ههنا وأن كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي النسب من ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطى اجيب بان ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة وجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لاحد الا في قذف محصنة او نفى رجل عن ابيه ومن قال لغيره في غضب الى آخره ظاهر وطول بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه النبي تدعي له حيث لا يكون قذافا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفى عن امه وانما ينتفي عنها بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة

ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي
من الوالد وولادة الولد ثابتة من امه نصارك أنه قال له انت ولد الزنا **قوله** ولو قال له
يا ابن الزانية ولو قال لرجل يا ابن الزانية وامه مينة محصنة فطالب الابن بحده
حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد
يستقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القذف في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد
يعني الوالد والجدوان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه
ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شبخي ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع
الصغير لان العار يلحق به اى بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى ورد بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف
حيا غائبا فانه ليس لاحد ان يأخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المتذوف
لا محالة وغيره مدن بينه وبينه جزئية تقوم مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس
عن الاصل و انما يتبع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله وعند الشافعي
رحمه الله ظاهر وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار يلحق به وقوله كما ثبت لولد الابن
يعني بالاتفاق خلافا لمحمد رحمه الله فانه روي عنه ان حق المطالبة لا يثبت لولد البنت
لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنى ابي امه وفي ظاهر الرواية النسب
يثبت من الطرفين و بصير الولد كريم الطرفين و يثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال
زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق
ما يلحق ولد الولد نصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا
بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكننا نقول حق الخصومة باعتبار
ما يلحقه من الشين نسبة اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد
فايهما خاصم يقام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول

تناول القاذف من مرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده بخلاف الكفاءة فان طلبها
 انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم
 المرتب على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت
جاز لابنه الكافر والعبدان يطالب بالحد خلا فالزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله
 معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا لان حد القذف لا يورث فصاركما
 اذا كان متناولا صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا صورة ومعنى بان
 قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا اتناوله معنى
 قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا
 لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر والرق وقيل تحريم كلامه
 ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف بقذفه ام المقذوف او بقذف نفس
 هذا الابن الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل
 نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى ولنا انه غير بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض
 المسئلة فيه وكل من عبره بقذف محصن جازله ان ياخذ بحده لانه تعبير على الكمال
 فيقتضي زاجرا و اشار المصنف رحمه الله الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان
 في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبير على الكمال ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى
 ولده فجازله ان يأخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم
 على المقضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق اى استحقاق اهلية
 الخصومة لان استحقاقها باعتبار حقوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك
 لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد
 التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا **قوله** وليس للعبدان يطالب
 مولاه ليس للعبدان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا لابن ان يطالب اباه او جده وان علا

بِقَذْفِ امته ولا امته وجدته وأن علمت بقذف نفسه لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده قال صلى
الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب التقصاص والمغلب فيه حق
العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف
غير متيقن به لجواز ان يكون صادقا فيما نسبته اليه وأما وقوله ولو كان لها ابن من غيره
واضح وقوله وبكل ذلك تشهد الاحكام اما الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو
انه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى
الا بخصومته وانما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال
دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن
وانما يؤخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاءه على حد الزنا وحد السرقة
وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه باقرارة الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف
وفتأعين رجل يبدأ بالتقصاص في العين لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء
لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف الفتور والله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك
يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء
الى الامام والامام انما يتعين نائباً في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاءه اليه و
لا يختلف فيه القاذف ولا ينقلب ما لا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الخ قليل فيه نظر
لانه يلزم ان لا يكون حق العبد غالباً اذا اجتمع الحقان اصلاً وهو خلاف الاصول والمنقول فان
التقصاص مما اجتمع فيه وحق العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعاً
وهو انه يسقط بموت المقدوف وشيء من الحقين لا يسقط به واجيب باننا لا نقول انه يسقط بموته
ولكن يتعذر استيفاءه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقدوف ولا يتحقق فيه الخصومة
بعد موته وقوله ومن اصحابنا رحمهم الله من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر فانه ذكر
في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان اكثر

اكثر الاحكام يدل عليه والمعقول يشهد له كما ذكرنا ان العبد مستنفع به على الخصوص
 وقد نص محمد رحمه الله في الاصل ان حد القذف حق العبد كالتقصاص الا انه فوض
 اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام
 اى اجاب عن الاحكام التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال
 في التوقيض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال
 في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط لان الارث
 يجري في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك
 اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام
 الا للاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك ممن له التصاص وهو باق فيملكه
 الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهوان الغالب فيه حق الله اظهر قال
 في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى فيه ولان عامة اصحابنا رحمهم الله عليه
 فكان الاخذ بقول عامة العلماء اظهر وقوله ومن اقرب القذف من الاحكام التي
 تشهد بكونه حقا للعبد وقوله ومن قال لغربي يانبطي ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق
 وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن رجل قال لغريشي يانبطي فقال لاحد عليه وقوله لما قلنا
 يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى آخره وقوله لان ماء السماء لثب به اى بهذا اللفظ وماء
 السماء هو لقب ابي المزيقيا والمزيقيا هو عمرو بن عامر فلقب بالمزيقيا لانه كان يمزق كل يوم
 حاتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويأنف ان يلبسهما غيرة وابوه عامر بن حارث الازدي كان
 يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله واسماعيل
 كان عماله اى ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان
 اسمعيل عماله وادخلوه تحت الآباء فدل ان العم يسمى ابا **قوله** ومن قال لغيرة
زنات في الجبل ومن قال لغيرة زنات في الجبل بالهمزة وقال عنيت صعود الجبل

حد عند البيهقي وأبي يوسف رحمهما الله قال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه
للععود حقيقة واستشهد المصنف رحمه الله لذلك بقول الشاعرة * وارق الى الخيرات
زناً في الجبل * وقال ذكر الجبل يقره اى يقرر الصعود مراداً تأكيد الكون المهموز
للععود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل الصح واضح وقيل كلامه يشير الى ان المهموز
مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين احد المحتملين عند هذا
وعند محمد رحمه الله انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وح يترجم قوله لان اللفظ
اذا داربين كونه مشتركاً وحقيقة ومجازاً فالثاني يترجم على الاول لعدم اخلاجه بالفهم
ولان الباب باب الحد فيحتمل للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقروناً بكلمة
على وقوله للمعنى الذي ذكرناه اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مراد او من قال لا خربا زاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكوراً في الثاني بان المراد بالاول هو قوله يازاني وما تم خبر اصلاً والجواب
ان المراد بالخبر الجزء وح يستقيم الكلام لان الخبر جزء اخص فيجوز ان يستعار للاعم
ومن قال لامراته يازانية فقالت لابل انت على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان دليله ان اهلية اللعان تعتمد اهلية الشهادة واقامة
حد القذف يبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اصلاً
يعني لو قد من اللعان لا يبطل حد القذف من المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان
اللعان بينهما غاية ما في الباب ان اللعان في حق الرجل قام مقام حد القذف ولكن
لا يخرج به من ان يكون عفيفاً من فعل الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتياطاً للدرء
اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيتم بك يعني في جواب قوله لها يازانية
وقوله وانعداه اى انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها رادت زنائى ما كان
معك بعد النكاح اعترض عليه بان الوطى بعد النكاح لا يسمى زناً فلا يصلح محملاً و

واجب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى بَلْ بَدَأَهُ مَبْسُوتَتَانِ
حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار
لا يكون مصدقة لزوجهما فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة
ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها
ولا يجب اللعان على الزوج فوقم الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه اى
اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى
وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ النِّجْمَ اِذَا بَطُلَ التَّكْذَابُ بِاَكْذَابِ الرَّجُلِ نَفْسُهُ يَصَارُ اِلَى
الاصل والولد ولده في الوجهين اى في الوجه الذي اقرتم نفى وعكسه وقوله لاقراة
به سابقا ولاحقا اى لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقرتم نفى اولاحقا فيما
اذ انفاة ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب اللعان
هنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن
يقضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد
منهما اى من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الآخر فصاركانه نسبها الى الزنا
من غير نفي الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا لا يرى انه اذا تطاولت مدة
ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب
اللعان نفي الواد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله انت زانية وقوله وان قال ليس
بابني ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعة بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية
بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله
بولد يتصل بالملاعة وقوله ففادت العفة نظرا اليها اى الى اماراة الزنا وهواي العفة وذكره
نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على الغاذف وهي فائنة
فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان قائم مقام حد

الزنا في حقها فقد وجد امة الزنا منهما فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بل لى امكنه قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقط فيبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وجدت بخط شيخى رحمه الله في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها **قوله** ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطئ الحرام بالقعدة الاولى على نوعين احدهما حرام لعينه والآخر حرام لغيره والاول منشأ حرمة شيان حصوله في غير الملك من كل وجه كوطئ الاجنبية او من وجه كوطئ الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امرأة هي حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطئ امته ومي اخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثاني كوطئ امته المجوسية ووطئ امته الاختين والقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لقوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق لان الزنا هو الوطئ الحرام لعينه وابو حنيفة رحمه الله شرطان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنة فوطئها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطئ المنكوحة بلاشهود فانها ثابتة لقوله صلى الله عليه وسلم لانكاح الاب بالشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه يعارض على وجه الزوال الا ترى ان المجوسية اذا اسلمت او خرجت احدي الاختين عن ملكه حل له الوطئ فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي رحمه الله فانه يقول بوطئها لا بسقط احصائه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو المبيع لا بسقط احصائه كوطئ امراته الحائض والمجوسية والنبي ظاهر منها والمحرمات او امته النبي زوجها او هي في عدة من غيره لان ملك التحل قائم ببقاء

ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت احدهما
 ان ينتفى الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفى الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه فلما
 السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذالم يكن المحل قابلا للحل في حقه
 لا يثبت الملك اى ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله لما كان اختلاف الصحابة
 يعني في انه مات حرا او عبد اعلى ما سيجي في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله
 وقدم في النكاح اى في باب نكاح اهل الشرك وقوله فحد مسلم احدا جواب ظاهر الرواية
 وعلى قول ابى حنيفة رحمه الله اولا لا يحد لان المغاب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا
 فكان بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه
 شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد ورد بانها انما استفاد اهلية الشهادة
 على المسلمين واما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة
 باقامة الحد عليه واجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على
 اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين اقيم عليه الحد فان
 تلك كانت بطريق الاصاله على اهل الذمة وهذه بطريقة التبعية للمسلمين فان اهلية
 الشهادة على الاشرف تقتضي اهلانها على الاخص ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي
 لكن المانع وهو الرد اولا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف
 فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر
 واعترض بان المعتق ههنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب
 ان يرد شهادته بحد القذف تسمية الحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام
 ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلالم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة
 فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والاجواب ان شهادته التي كانت في جنسه مردودة
 بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام

فلا ترد ولم نقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين
 ا. هـ كان الموجب وهو الرد وقوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام
 بعد الاسلام ان كان بعض الحد للمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة
 صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله
 صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فلا اعتبار للوصف
 الاخير على ما عرف في موضعه والجواب اننا لم نجعل الرد صفة للمقام قبل الاسلام
 ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم يترتب التهمة وقبل
 في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب
 على الآخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يه كمن والممكن زمان النهي رد شهادة
 قائمة للحال فيتقيد به وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر
 فكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ايضا والاول اصح لما ذكرنا
 ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى آخره وقوله ومن قذف
 اوزنى النخ ظاهر ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة
 او كلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا بquam
 ما به الاحد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب
 وان قذفهم بكلمات متفرقة بحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري
 فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المذهب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر
 فيجري فيه التداخل كسائر الحدود والله اعلم * فصل

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي هو دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تأديب دون الحد وأصله من العز بمعنى الرد والردع والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير قال في الفتاوى الطهريّة أعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصنع وتعريك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد رحمه الله التعزير بأخذ المال وقد قيل روي عن أبي يوسف رحمه الله أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الإمام الترمذی رحمه الله أن التعزير الذي يجب حقه الله تعالى يلي إقامته كل أحد بعلّة النيابة من الله تعالى وقوله ومن قذف عبدا وامة ظاهر وقوله في الجنابة الأولى يعني ما إذا قذف عبدا وامة أو ام ولد بالزنا لأنه أي القذف بالزنا من جنس ما يجب به الحد وقوله في الثانية يعني قوله بافاسق الخ وقوله لأنه ما لحق الشين به للتيقن بنفيه قيل بل يلحق الشين للقاذف لأن كل أحد يعلم أنه آدمي وإن القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف بلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجري على السنة الفقهاء من الثقل أن صم فعلى حذف المفعول الأول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين وإذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظر إلى أدنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه إليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا وهذا حق لأن من اعتبر حد الإحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتكبر في الحديث ينافي وجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو أن البلوغ إلى تمام

(كتاب الحدود * باب حد القذف * فصل في التعزير)

الحد تعذر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فيصار الى اقل ما يمكن للتيقن به
نظيرة وقت الصلوة فان الكامل لما لم يمكن ان يكون سببا وليس بعده جزء معين
صبر الى اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب للمس
والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا من حد
القذف يعني فيكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله وقد
ورد الشرع به اى بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا
للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة لا يوضح ان الحبس يصلح للتعزير فيما
يجب فيه التعزير اى لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التعزير لو
ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه تذف محصنا فقال يا فاسق او يا كافر
فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد
شيئا آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمة لتناسب
اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة
لان الاقصى فيها عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما كان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة
الذنب الادنى وهو ما ياباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم
ان الحبس من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لبحس عند تهمة موجب
التعزير كذا يحبس بتهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز
للامام ان يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما ان لامام الرأي في تقدير
الضربات فكذلك في ضم الحبس الى الضرب **قوله** واشد الضرب التعزير قال الحاكم
في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب
وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك وانما
كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفى ثانيا في وصفه كيلا

كبل لا يؤدي الى تقويت المقصود وهو الزجر واختلف المشائخ رحمهم الله في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو تجمع الاسواط في عضو واحد ولا تنفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع وبدل على ذلك ما روى ابو عبيدة وغيره ان رجلا قتم على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلثين سوطا كلها يضع ويخدر ابي يشق فيورم ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التقريب على الاعضاء فلو كان الشدة عند عبارة عن عدم التقريب لزمه توضيح الشيء بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حدة الامام او عزرة فمات قدمه هدر ذكرا مسئلتين احدهما مبنية على الامر وهو لا يقتضي السلامة في اثبات المامور والاخرى على الاطلاق وهو يقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامورة وهو من الانبئات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه يشبه الغمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فيأتي المامور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فينتفي المامور في ضرب الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لكونه رفع القيد وهو قابل للتعليل فينتقد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختبار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان ينتقد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الانلاف خطأ فيه اذ التعزير ناديب غير انه يجنب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى امانه

من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم *

كتاب السرقة

لما فرغ من ذكر المزاج المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزجرة المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس اقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكره في الكتاب وقوله قال الله تعالى الامن استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصا با محمرا للتدول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة والمعني اللغوي وهو اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار امر مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نثناه الشارع البنا على ثلثة اقسام احدها ما هو المقر وعلى ما انبأنا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وَجَاءَ اخُوهُ يُوْسُفُ فَدْخَلُوا عَلَيْهِ فَعَرَفَهُمْ وَهُمْ لَهُ مُنْكَرُونَ وَلَمَّا جُذِرْهُمْ بِجَهَازِهِمُ وَالْثَّانِي ما هو المعدول عما انبأنا به اللغة من كل وجه كالصلوة والزكوة والصوم فان الصلوة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلوة في اللغة الدعاء وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الا مساك والزكوة هو النداء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله كما اذا نقب الجدار على استسار نظير ما يكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول لظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسار واخذ المال من المالك مكبرة اى مقالة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد في وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية

الخفية وقت الاخذ لا متنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله او من يقوم مقامه يعنى المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن **قوله** واذا اسرق العاقل البالغ عشرة دراهم اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمة ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سيظهر لك معناه وجب عليه القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما لتحقيق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار واما اصحاب الطواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رحمه الله استدلالا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان اخذ المباح يسمى اصطيدا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين المحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواء الترمذي رحمه الله في جامعه عن ابن مسعود رضي الله عنه وقوله واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدل عليه بلفظ الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها ان يدا السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن جحفة او ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله

(كتاب السرقه)

عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد اخذ به مالك وروى عمرة عن مائشة رضي الله عنهما موقوفاً ومرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعداً وبه اخذ الشافعي رحمه الله فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثنتى عشر درهماً وثلاثة دراهم كانت ربع دينار وبعارضهما ما روي في السنن وشرح الآثار مسنداً الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلاً في مجن قيمته ديناراً وعشرة دراهم فلما تعارضوا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهوان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال للدرء فوجب العدل به **قوله** والعبد والعمرى في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه اهم لان عدم التساوي انما ينوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالتقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكفي به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنى ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطاً وقوله ولا اعتبار بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تعيد فيها تقبيل تهمة الكذب ولا تعيد في الاقرار شيئاً لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتيال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع في حق المال فان له فيه مكذباً وهو صاحب المال فلا يصح نظهر بهذا ان لا فائدة في تكرار الاقرار الا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان لا يسألهم الا امام من كيفية السرقة فيقول له كيف سرق لجواز انه نقب البيت

البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند البيهقي ومحمد رحمهما الله ومن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ شيئاً تافهاً ولا يقطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة عاين ما قدمنا لا يذكرها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا لظهورها وفي ذلك سد باب القطع ومن زمانها فيما ثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تاخير الشهادة ههنا غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا ومن مكانها الجواز انه سرق من غير الحرز او في دار الحرب وقال في المحيط ويسألها عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذارحم محرم او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر بخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله ويحبسه اى المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحد افانه يقتل كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان الفصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهم كمالا والله اعلم *

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر في هذا الباب مسروقا بوجوب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قبل كان الواجب ان يذكر قوله واذا اشترك جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب قوله لا يقطع فيما يوجد تافها ظاهرا والمغرة بالفتحات الثلث

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

الطين الاحمر ونسكين الغين لغة فيه وقوله وما يوجد جنسه مبتداء وقوله حقير خبره وقوله
بصورته احتراز عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب والحصير البغدادى فان
في سرقتها القطع وان كان اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها
الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب
والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحة في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر
المذهب روى هشام عن محمد رحمه الله اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة
وهي ان تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر انها ليست بتافه حسافان
كل من يتمكن من اخذها لا يتركه عادة وقوله تقل الرغبات فيه جملة استينافية وقوله الطباع
لا تضن به اى لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر ايضا قوله فقلما يوجد اخذ على
كره من المالك اى قليل وجود لحقوق الملائة بالملك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى
بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خسارة الهمة وتقاديا من نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة
الى شرع الزواج وقوله والطير يطير والصيد يفر يعنى لما كان الامر كذلك قلت الرغبة
فلا يشرع الزواج في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله وكذا
الشركة العامة التي كانت فيه اى فيما يوجد جنسه مباحا وهو على تلك الصفة اى الصفة
التي كان عليها وهي مشتركة تحوز به عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب كذا ذكرنا
يورث الشبهة اى شبهة الاباحة بعد احرارة والحد يندرى بها وفى التعبير بالشركة العامة
اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة فى الكلاء والماء والنار وقوله
لما ذكرنا يعنى قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدار الذي فيه المالح وقوله
والحجة عليهما ما ذكرناه يعنى حديث عائشة رضي الله عنها ما ذكره بعده والجمار شحم النخل
وهو شحم ابيض يقطع من رأس النخل ويوكل والودي صغار النخل وقوله كالمهيا
للاكل يعنى مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا

اذا لم يكن العام عام مجاعة و فحطاما اذا كان فلا يقطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد
اولا وقوله كاللحم والشر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والتمر راجع الى قوله
وما في معناه فكان كلامه لغا ونشرا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيها اي فيما ذكرنا
من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام والجرب المر بد وهو الموضع الذي يلتقي
فيه الرطب ليحلف وقيل هو موضع يد خرفيه التمر والجربان مقدم عنق البعير من مذبحه
الى منحرة والجمع جرب فجاز ان يسمى الجربان المتخذ منه وكان المراد احد الطرفين و
يجوز ان يكون الشك من الراي قلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرب
لا يؤوي الا اليابس من التمر وفيه القطع في الرواية المشهورة **قوله** ولا يقطع في الفاكهة على
الشجر لا يقطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن
اعادة تمهيد القول والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا يقطع في الاشربة المطربة اي
المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر السكري في
اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالتقيا في معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار
وقال الامام التمر ناشى لا يقطع في الاشربة المسكرة وهو يوزن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة
قوله لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالحمر وفي مالهية بعضها اختلاف يعني كالمصنف
والبانق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة رحمه الله متقومة خلافا لها وانما قيد الاشربة
بكونها مطربة لما انه ذكر في الابضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا
في النهاية ونقل الناطقي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقطع في الخل
لانه قد صار خمرا مرة ولا في الطنبور لانه من المعازف والمعاذف آلات اللهاوت التي يضرب بها
الواحد عزف رواية من العرب وقوله ولا في سرقفة المصحف ظاهر والصليب شيء مثلث
كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا يقطع فيها وان كانت من
ذهب او فضة وقوله وان كان الصليب في المصالح اي في موضع صلوة النصارى وهو معبدهم

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

وقوله وما عليه من الحلية تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلي فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلي وترك الصبي به وقوله لانه يجب القطع بسرقة وهذه فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يستط كما لو سرق ثوبا خلفا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله وعلى هذا اذا سرق اثناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير والحديث او الفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعاني القرآن والحاجة وان قلت كفت لا يراث الشبهة ومن الناس من الحثها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا قطع في سرقة كلب ولا فيهد وهو ظاهر ولا في دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشائخ واختار صدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزاة يصلح لغيره فيتمكن فيه الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه وصداي حنيفة رحمه الله وان كان يجب الضمان على المتلف وهي متقومة لكن اخذها يتأول الكسر فيها فكان ذلك شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بمد الهمة وفتح الباء معروف وقوله ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب او اني فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالخشب بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته وبعززه بحيث انهم يدخلونه في الحرز

في الحرز وما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الأصل كالتصير البغدادية يجب القطع وقوله وإنما يجب القطع أي في الأبواب في غير المركب بالجدار وما إذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاحذها فإنه لا يقطع لأن القطع إنما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فإنما يحرز بالأبواب المركبة فلا تكون محرزة قبل هذا في الباب البراني وأما الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لأنه محرز بالبراني وقوله وإنما يجب إذا كان خفيفاً ظاهراً وقوله ولا يقطع على خائن الخيانة هو أن يخون المودع ما في يده من الشيء المأمون والانتهاج أن يأخذ على وجه العلانية نهراً من ظاهر بلدة أو قرية والأختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهرًا والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح **قوله** ولا يقطع على النباش اختلاف الصحابة في مسئلة النباش قتل عمرو وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله عنهم بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنه لا يقطع عليه وقد اتفق على ذلك من الصحابة من بقي في عهد مروان على ما روي أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة رضي الله عنهم من ذلك فلم يشنوا فيه شيئاً فعززه أسواطاً ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله وبالأول أخذ أبو يوسف والشافعي رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولأنه مال متقوم محرز بحرزه مثله فيقطع فيه أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فإن الباس الثوب الميت لا يخرج من التقوم وأما أنه محرز فلا لأنه ليس بمضيق إلا ترى أن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من مال الصبي لا يضمان وما يكون محرزاً لا يكون مضيعاً وفيه الضمان وأما قوله بحرز مثله بحر ف البحر فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرزه مثله حتى أنه إذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق أولوؤة من الاصطبل لم يقطع وإذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لأن الشاة لا يحرز بإحصن منها إذا كان بابها بحيث يمنع إخراج الشاة دون دخول آدمي وإخراج سائر الأموال وقوله ولهما أي لا يقطع فيهما ومحمد رحمهما الله

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وقوله وان كان القبر في بيت مقفل بسكون القاف من اقل
الباب وقوله فهو على الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلاف المشائخ رحمهم الله
فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش
الكفن او سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك
البيت فان لكل احد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر ولذلك اختلفوا فيما اذا
سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس
الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لا خلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن
من الوجه الذي قررناه وقوله لما بينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تفتح على المخفي
والمعتول وهو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة وقوله ولا ينقطع السارق من بيت المال ظاهر
قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان للسارق فيه حقا قوله لما قلنا اشارة
اليه وقوله والحال والموجل فيه اى في عدم القطع سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما
اذا كان مؤجلا فلان التأجيل ليس بالتأخير المطالبة واما نفس وجوب الدين فتأبى
قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق مالا لا يباح له الاخذ كما لو سرق
من خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ وان لم يكن مستحقا لمكان الاجل
كان له شبهة حق الاخذ وهي كافية للدرء وقوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه
ظاهر وقوله لان له ان يأخذه عند بعض العلماء يريد به ابن ابي ليلى فانه يقول وان ظفر
بخلاف جنس حقه كان له ان يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن
العلماء من يقول له ان يأخذه رها بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا
القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان
حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكانا تركناه فيه ثلثة التفات بينهما ولا كذلك
خلاف جنس حقه لفحش التفات فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى

حتى لو ادعى ذلك اى انه اخذه نضاء لحقه اورنهابه دري الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد
لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئ في ذلك التأويل عندنا وقوله ولو كان حقه دراهم
ظاهر وقوله وقيل لا يقطع قيل هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكوة والشفعة
وقوله ومن سرق عينا ظاهرا وقوله لان الثانية متكاملة كالاولى وجه التشبيه هو ان المتاع
بعد ردة على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها
او تلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز
لا شبهة فيه وبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية واما
كونه اقمح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف
من بعد اشارة الى قوله بعد اوراق ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد
ما قطعت يمينه الى آخره وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان
سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت
حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع
فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله
كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة
الغزل وهو قوله فيما يجبي بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الى آخره وقوله
وقيام الموجب اى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع قوله بخلاف
ما ذكره يعني ابا يوسف رحمه الله من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه
واصله حديث بريدة رضي الله عنها وهو معروف وقوله لان تكرار الجناية معطوف على قوله
ولنا ان القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه فادر
جد التجملة مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها
وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالترن الاول فانه لا يحذر نظرا الى عرائه

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا ينقطع * فصل في الحرز والاخذ منه)

من مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون الحد في كل واحد منهما خالص
حق الله تعالى ثم حد الزنا بتكرار بتكرار الفعل في محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم
زنى بتلك المرأة مرة اخرى بحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا
على اصل الخصم وخصومة المقدوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود
اظهار كذب القاذف ودفع العار من نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اوجب بان
حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرار
الخصومة من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة
الزنا ان الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى
في المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحمل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق
في المستوفى في المرة الاولى وقوله فان تغيرت عن حالها ظاهر النطق بالجر عطف
على قوله من اتحاد المحل الله اعلم بالصواب

فصل في الحرز والاخذ منه

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا او فرغ عن ذكر
الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع من
قربة الولاد امران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز ومن ذى الرحم
المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى
مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما سيجي في كتاب الكراهة وقوله
وفي الثاني يعني في ذى الرحم المحرم خلاف الشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالد
والمولودين يجب القطع لانه الحثها بالقرابة البعيدة وقديناه في العتاق ولو سرق
من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره ينهني ان لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذى

ذى الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله ان سرق من امه من الرضاة ظاهر وقوله والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا تحترم اي لا تجعل لها حرمة قوية مادة كما اذا ثبتت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التي زنى بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل تنقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاة يعني ان الام من الرضاة اشبه الى الاخت من الرضاة في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاة موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون من بيت امه من الرضاة كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاة بالرضاة اقرب من الحاقه بالزنا وقوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة لان الرضاة قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر ظاهر وقوله ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهى انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهونظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا تقبل الاخر عندنا وعنده تقبل في احد قوليه بل هذا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو ما يندرج بالشبهة اولى وقوله وهو ما نور عن علي رضي الله عنه درأ وتعايلا يريد به ما روي عن علي رضي الله عنه انه اني برجل قد سرق من المغنم فدرء عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا **قوله** والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز ان يقال هو ما يقصده حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدرور والبيوت والصندوق والحانوت والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحفاظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعندة متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينسك عن الآخر وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان

فيه ومن بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام او حقيقة يعني في البيت الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله ويدخل في ذلك اي في قوله ومن بيت اذن للناس بالدخول فيه وقوله الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله ومن سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله ومن سرق سرقة اي مالا ويسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد رحمه الله اذا كانت السرقة مصحفا وقوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات وبيوت وقوله وان اغار انسان اي دخل بسرعة قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والضميري رحمه الله والمالف محمد رحمه الله فهو وان اعان انسان من اهل المتاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي رحمه الله كذلك وكأنه اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لا ثقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان يكون بعض اهل المتاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة ومختفيا عن اعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا عن محمد رحمه الله وكأن قول المصنف رحمه الله فسرق منها بعد قوله اغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان كل مقصورة الى آخره وقوله واذا انقب اللص البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة تأتي بعد هذه اشارة الى مسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يداخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ الثاني وجب القطع وقوله وام تعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك بدا معتبرة اعترضت عليه فاجبت سقوط اليد الحكيمة للسارق فلما لم تسقط اليد الحكيمة ههنا

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في الحرز والاخذ منه)

لم يرد ما ذكره زفر رحمه الله انه خرج من الحرز ولا مال في يده وقوله فاعتبر الكل اي التاء في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذا هذا وقوله واذا خرج ولم يأخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله وكذا اذا حملة على حمار ظاهر قوله واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره فالتقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليه التعمير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما انهم لم يدخلوا البيت لم يتأكد معا ونتم بهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم كما ان هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغاً واما اذا كان الآخذ الحامل صبياً ومجنوناً فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا النعل تبع للآخذ الحامل اذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبير الكن فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لان النعل من الكل واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقي وقال ابو يوسف رحمه الله يجب القطع الاعلى الصبي والمجنون وقوله ومن نقب البيت واضح والغطريق هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدرهم الغطريفية كانت من اعدا النقود بخارا كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي رضي الله تعالى عنه انه قال واللص اذا كان ظرفاً لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما

كما اذا دخل يده في صندوق الصير في فان قيل لو كان الكمال في هنك الحرز شرطاً حرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم المتاع دون البعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد * وان طرصرة الطرار هو الذي يطر الهميان اى يشقهها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة اى شددتها والمراد بالصرة ههنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطارار يقطع ليس بمجري على عمومته بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها في الكم وقوله فلا يوجد هنك الحرز يعني ادخل اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اى من الخارج والداخل وقوله ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هنك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهنك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمد اى لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا يقيم نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من احد الامرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول قصده قطع المسافة لاحفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعنى في هذا الباب الا يرى ان من شق الجوالق الذي على ابل يسير واخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزاً له فكان سارق الدراهم من الجوالق هانكاً للحرز فيقطع ومن سرق

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية القطع واثباته)

الجوالق بمافيه والجوالق على ابل بسبر لا يقطع لان السائق او القائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم تصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذکور في الكتاب وقوله وان سرق من التظار بعيرا الفطار الا ابل يقطر على نسق واحد والجمع فطرو منه تقاطر القوم اذا جاء والرسالا وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح *

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفية هذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع في الكف والحسم من حسم العرق وكواه بحديدة محمأة لئلا يسيل دمه فالقطع لما تلونا به يعني قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الخ واليمين بقراءة عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايما نها وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب وقد عرف في الاصول ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المتصل اعني الرسغ متيقن به من حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطش كان بالا صابع فيقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعاً مكرراً وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تنقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجراحة من رؤس الاصابع الى الابط لان فيه تكثير الله المقطوع وقوله كيف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع يد السارق من الزند والحسم روى أبو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اني بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال صلى الله عليه وسلم ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال ان هبوا به فاقطعوا

فانقطعوا ثم احسموه الحديث وقوله ولانه لو لم يحسم ظاهر قوله وخلف في السجن
 حتى يتوب حاصله ان السارق لا يوتى على اطرافه الا ربعة بالقطع وانما
 تقطع يمينه اول سرقته ورجله اليسرى في ثانيها ثم يزر بعد ذلك ويحبس عندنا
 وعند الشافعي رحمه الله بعد الرابعة يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة
 يقتل وقوله ويروى مفسرا كما هو مذهبنا وهو في حديث ابي هريرة رضي الله عنه
 ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الاولى تقطع يده اليسرى وفي الثانية
 الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان
 الثالثة ظاهر وقوله فحجهم اي ظلمهم بالحجة يقال حاجه فحجه اي ناظره بالحجة
 فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب سوال تقريرة لو قطع رجل اربعة اطراف
 يقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود لانه لا يبقى له
 يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة وهذا نادر
 الوجود وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العباد يراعى فيه المماثلة
 بالنص والحديث الذي رواه الشافعي رحمه الله دليل على دعواه هذه طعن فيه
 الطحاوي وقال تتبعنا هذه الآثار وام نجد اشيع منها اصلا اشار بها الى ما رواه
 الشافعي رحمه الله وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له
 لان كل من تتبعناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحماته
 على السياسة بدليل ما ورد في ذاك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة
 وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشاي يعني اذا كانت يده اليسرى مأوفة او مشيا
 ان كانت رجله اليمنى كذا وبافي كلامه ظاهر قوله واذا قال الحاكم للحداد
 افطع يمين هذا السارق الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما
 قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال افطع يده مطلقا فقتل الحداد يده اليسرى فلا ضمان

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية النطع وانباته)

عليه بالاتفاق لانه فعل ما امره به فانه امره بقطع اليد وان السرقة بد فلا ضمان عليه ولم يذكركم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالنطع فالقاطع استوفى يد الائمة لها فلم يكن ضامنا لكن ادبه الامام لانه اتساء الادب حين قطعه قبل ان يأمر الامام به وكلامه واضح وقوله غير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة وهو ايضا لم يقطع يسارا حد لكون حق قطع اليسار قصاصا ولا تاويل حيث لم يخطأ لان الكلام فيما اذا تعدد في قطع اليسار فلا يعنى كما لو قطع رجله وانفقه وان كان في المجتهدين لان المجتهد لا يعذر فيما اخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب التصاص الا انه امتنع للشبهة وهي قوله تعالى فاقطعوا ايديهم فان ظاهرة بوجوب تناول اليدين جميعا فصارت شبهة في حق القصاص اذا القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله ولا يبيحينة رحمه الله تقريرة القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا وعلى هذا التقدير لو قطعه غير الحداد اى لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مأمورا الحاكم او اجنبيا غير مأمور وقوله هو الصحيح احراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده السرقة فان في العمد القصاص وفي الخطأ الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك ويرد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو اخرج السارق يساره ظاهر وقوله ثم في العمد عنده اى عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اى على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه لم يقطع حدا وانما خص ابا حنيفة رحمه الله بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن عصى بنوهم ان قطع اليسار وقع حدا

حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فزال ذلك ببيان وجوب الضمان
اذا بان القطع لم يقع حدا اذا القطع والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد
باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا وما على مذهبهما فظاهر لاجابة الى
ذكرة لانهما يضمنان الحداد في العمد ولا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم
لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله في الخطاء كذلك على هذه الطريقة اى على
طريقة ان القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينبت في الضمان والمقتضي وهو
الانلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة الاجتهاد الذي قلنا في طريق ابي يوسف
ومحمد وحمهما الله ان ضمان اليد عن الحداد بطل بطريق الاجتهاد لا يضمن
السارق المال بوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حدا لا يجتمعان
قوله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه اختلف العلماء في اشتراط حضور
المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن ابي ليلى لاجابة الى ذلك وتقبل الشهادة
على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال
الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة فلاجابة الى ذلك وان ثبتت بالبينه فلا بد
من لك لان الشهادة تبني على الدعوى في الحال فمال يحضر هو وان ثبت لا تقبل
شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعدا استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار والشهادة
جميعا الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار
والاقرار بالملك بعد الشهادة وبه تنفى السرقة وكل ما هو شرط للشي لا يتحقق بدونه فكان
القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلامه في الكتاب واضح
خلا ان مفهوم التكرار لان معنى قوله لان الجنابة على مال الغير لا تظهر الا بخصومته
هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها اى لظهور السرقة وهي الجنابة ويمكن
ان يدفع بالاول تعليلا لا اشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية القطع واثباته)

وَأَنَّ كَانَا بِمَعْنَى وَاحِدٍ وَمَعْنَى قَوْلِهِ لَأَنَّ الْاِسْتِيفَاءَ مِنَ الْقَضَاءِ فِي بَابِ الْحُدُودِ قَدْ تَقَدَّمَ
قَوْلُهُ وَصَاحِبُ الرِّبَا قَبِيلُ صُورَتِهِ رَجُلٌ بَاعَ عَشْرَةَ دِرَاهِمٍ بِعَشْرِينَ دِرْهَمًا فَبَضْضَهُ فَسَرَقَ
 مِنْهُ يَقْطَعُ السَّارِقُ بِخَصْمَتِهِ عِنْدَ عِلْمَانَا الثَّلَاثَةِ وَلَمْ يَذْكُرِ الْعَاقِدَ الْآخَرَ مِنْ عَاقِدِي الرِّبَا
 فَكَانَهُ بِالنِّسَابِ لَمْ يَبْقَ لَهُ مَلِكٌ وَلَا يَدٌ فَلَا يَكُونُ لَهُ وَلَا يَدٌ وَلَا يَكُونُ لَهُ وَلَا يَدٌ بِخِلَافِ رَبِّ الْوَدِيعَةِ
 وَالْمَغْضُوبِ مِنْهُ فَإِنَّ الْمَلِكَ لَهَا بَاقٍ وَقَوْلُهُ وَكَانَ مِنْ لَهُ يَدٌ حَافِظَةٌ بِرِيدِ مَتَوَلِيِ الْوَقْفِ
 وَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَلَوْ سَرَقَ سَارِقٌ مِنْ أَحَدِهِمْ لَأَوَّلًا وَخَاصَمَ الْمَالِكَ قَطَعَ وَأَنَّ لَمْ تَكُنِ السَّرْقَةُ
 مِنْ عِنْدِهِ لَقِيَامِ الْمَلِكِ وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ اسْتِنَاءَ مَنَقُطَعٌ وَفَدَا خِطْلَى نَسَخَ الْهَدَايَةَ فِيهِ فَنَفِي
 بَعْضُهَا إِلَّا أَنَّ الرَّاهِنَ إِنَّمَا يَقْطَعُ بِخَصْمَتِهِ حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ قَبْلَ قَضَاءِ الدِّينِ أَوْ بَعْدَهُ وَفِي
 بَعْضِهَا حَالَ قِيَامِ الرَّهْنِ بَعْدَ قَضَاءِ الدِّينِ وَاسْتِصْوَاهُ الشَّارِحُونَ نَقْلًا وَعَقْلًا أَمَّا نَقْلًا فَلِأَنَّهُ مُوَافِقٌ
 لِرَوَايَةِ الْإِبْرَاهِيمِ وَالْمَحْبُطِ قَالَ فِي الْمَحْبُطِ إِذَا سَرَقَ الرَّهْنُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ
 وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهِ اخْتِذَ الرَّهْنُ قَالَ وَإِنْ قَضَى الرَّاهِنُ الدِّينَ
 فَلَهُ أَنْ يَقْطَعَهُ لِأَنَّهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَكَذَا فِي الْإِبْرَاهِيمِ وَأَمَّا عَقْلًا فَلِأَنَّ السَّارِقَ إِنَّمَا يَقْطَعُ يَدَهُ
 بِخَصْمَتِهِ مِنْ لَهُ وَلَا يَدٌ الْاِسْتِرْدَادُ وَلَيْسَ لِلرَّاهِنِ ذَلِكَ قَبْلَ قَضَاءِ الدِّينِ وَالْمُرَادُ بِالرَّهْنِ الْمُرْهُونُ
 وَالضَّمِيرُ فِي بَدْوَنِهِ رَاجِعٌ إِلَى قَضَاءِ الدِّينِ وَعَلَى النُّسخَةِ الْأُولَى إِلَى قِيَامِ الرَّهْنِ فَكَانَ
 شَرْطُ جَوَازِ الْقَطْعِ بِخَصْمَتِهِ الرَّاهِنِ أَمْرَيْنِ قِيَامِ الْمُرْهُونِ حَتَّى لَوْ هَلَكَ لِاسْتِئْثَارِ الرَّاهِنِ
 عَلَيْهِ لِبُطْلَانِ دَيْنِهِ عَنْهُ وَقَضَاءِ الدِّينِ لِاحْتِصَالِ وَلَا يَدٌ الْاِسْتِرْدَادُ حِينَئِذٍ وَزَفَرُ الشَّافِعِيِّ
 رَحِمَهُمَا اللَّهُ اتَّفَقَا فِي الْحُكْمِ وَاخْتَلَفَا فِي تَحْرِيجِ الْمُنَاطِ فَالْشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بَنَى عَلَى إِصْلَاحِهِ
 أَنَّ لَخَصْمَتِهِ لِهَؤُلَاءِ الْمَذْكُورِينَ فِي الْاِسْتِرْدَادِ عِنْدَهُ إِذَا جَاءَهُ مِنْ فِي يَدِهِ الْمَالُ الْمَحْضَرُ
 الْمَالِكِ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَا يَدٌ الْاِسْتِرْدَادُ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى خَصْمَتِهِمْ بَرَّ رَحِمَهُ اللَّهُ
 يَقُولُ وَلَا يَدٌ الْخَصْمَتَةُ فِي حَقِّ الْاِسْتِرْدَادِ ضَرُورَةُ الْحِفْظِ وَالنَّاتِبِ بِالضَّرَرِ بِتَقْدِيرِ قَدَرِهَا
 فَلَا تَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَطْعِ لَأَنَّ فِيهِ أَيْ فِي ظَهْوَرِهَا فِي حَقِّ الْقَطْعِ تَقْوِيَتُ بَيَانُهُ لَأَنَّ الْمَالِ

المال مضمون على السارق فلواستوفى القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لصيانة وهم
 مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة
 قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقة
 اي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيرتب عليه
 القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد
 وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار الخصومة من المالك لحاجته الى اظهار السرقة
 لاعادة اليد على المحل تحصيل الاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء
 اما المستأجر والمستعير فلا حثبا جهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن والمودع
 فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذ اثبت ان الخصومة
 مطلقة اندفع ما قال زفر رحمه الله انها ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع وقوله
 والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب البداء حق المالك وسقوط الضمان
 سقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب عن
 قول زفر رحمه الله لان فيه تقويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
 جواب سؤال مقدر تقريره ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك
 كما من مسئلة فيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب
 هذه شبهة موهومة الاعتراض فلانعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المرتهن فان فيه
 شبهة موهومة ايضا وهوان بحضور المرتهن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت
 الذي سرقك ومع ذلك لم يشترط حضور المرتهن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية
 وفيه بظاهر رواية احترازنا عن رواية ابن سامة عن محمد رحمه الله ان المالك
 ليس له ان يملك حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من
 الذي كان مأمورا بجزان بطالب بذلك غيره فان فيل ما الفرق بين هذه المسئلة

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية القطع وانباته)

وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يحضر مع ان العلة
لمذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة
شرعية وهي الاقرار موجودة وشبهة الاذن بالدخول في الحرزا والافرار بالمسروق
للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لم يقطع اجيب بان الفرق من حيث ان ما
نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة في دفع العلة
عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك **قوله** وان قطع
سارق بسرقة المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده
فان كان الثاني لم يكن له اى للسارق ولا للمالك ان يقطع يد السارق الثاني اما
السارق فلوجهين احدهما ان المال غير منقوض في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك
فلم تنعقد موجبة في نفسها والثاني ان يده لم تبق من الايدي التي ذكرناها من
ملك وضمان وودبعة وخصومة من هذه صفة لا تعتبر في القطع واما المالك فلوجه
الاول وقوله وللاول اى السارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواه
لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده ليست بصحة
لكون اليد الصحيحة مباركة من ان تكون بد ملك او ضمان او امانة ولم نوح وان
كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط النقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج
يده عن كونها بضمنان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والى بالشبهة
كعدم القطع ههنا ولهذا فرن المصنف رحمه الله بينهما ومن سرق سرقة فرد على المالك
فاما ان ردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في هر الرواية
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة مع ان القطع
حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع ومدة سواء وجه
ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت لضرورة قطع

قطع المنازعة يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورية قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة والخصومة قد انقطعت بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع وإذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وأن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك والشيء يتقرر بانتهاؤه لأنه يبطل كالمكاح يتقرر بالموت لأنه يبطل لكنهما أعني الخصومة تجعل باقية تقدير الاستيفاء القطع والرد إلى ابن المسروق منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا إلى امرأته وأجيرة ومشاهرة أو عبدة وكذا الرد إلى أبيه وأمه وأرجدة سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحساناً وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوجهه المالك وسلمه إياه أو أبعده إياه لم يقطع وإنما أفسر المصنف رحمه الله كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وقال زفر والشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله قالوا لأن السرقة قد تمت انعقاداً بأخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه إذ وضع المسئلة في ذلك وظهوراً لأن الغرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني ثبوت الملك للسلارق بسبب الهبة أو البيع لا يبين قيام الملك وقت السرقة لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة أو البيع وهذا احتراز عما إذا أقر به المسروق منه للسلارق فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له من الملك فليزمه ثبوت المالك للسلارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا أن الأمضاء من القضاء يعني أن استيفاء الحدم من ثمة قول القاضي حكمت أوقضت بالقطع أو بالرجم أو بالحد في هذا الباب يعني باب الحدود لوقوع الاستغناء عنه أي عن القضاء بالاستيفاء يعني أن القضاء في هذا الباب لا يعني ضاؤه إلا بالاستيفاء لأن القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لأن القطع حق الله تعالى وهو ظاهر منده فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرض عن الفائدة بالكلية وهو

(كتاب السرقة * باب ما ينقطع فيه وما لا ينقطع * فصل في كيفية القطع وانباته)

باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من ثمة القضاء فهذا وجه تفويض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق وان كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء بشرط قيام الخصومة عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرط الوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعارض قبل الاستيفاء كما يقتضون باصل السبب بدليل العمي والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف في وقت الاستيفاء بالا جماع ذكره في الاسرار وقوله صار كما اذا ملكها قبل النضاء يعني صار المالك الحادث بعد النضاء قبل الاستيفاء كما ملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض ولتأكل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثم من القضاء حتى اوجبتم القطع وهمنا جعلتم الاستيفاء من النضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحدود وما ذلك الاتفاض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وهمنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك فكان شبهة في ذرء الحد **وقوله** وكذلك اذا انتقصت قيمتهما من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان ملك درهم من العشرة واستهلكه وهذا ابتداء على ان المعبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع من الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد رحمه الله في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء بشرط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين

وبين النقصان في العين أن نقصان العين مضمون عليه أي على السارق والضمان قائم منام المضمون فكان النصاب كاملاً عينا ونفت الاخذ وبنا وقت الاستيفاء كما إذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصاً عند القطع فصارت شبهة فافتراق * وإذا ادعى السارق أن العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وإن لم تقم البينة وفسره المصنف رحمه الله بقوله معناه بعد ما شهد الشاهد أن بالسرقة وإذا فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإفراق بالسرقة فاند يستط القطع بالا ثفاق وقال الشافعي رحمه الله لا يستط بمجرد الدعوى لا فضاءه إلى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا أن الشبهة دائرة والشبهة تتحقق بمجرد الدعوى لا حتمال الصدق ولا معتبر بما قال أنه لا يعجز عنه سارق بدليل أن الرجوع من الإفراق بالسرقة صحيح وما من متروك ولا يتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبراً في إبراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لأن الإفراق حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثاً لها في الكاملة وأجواب أن الكمال والقصور إنما هو بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه وليس كلاهما فيه وأما بالنسبة إلى المقر فهما سواء وقوله وإذا أقر الرجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله لأن الرجوع مامل في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لأن السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فيكون فعلاً واحداً وقوله لأنه لو حضر بما يدعى الشبهة يعني وهي دائرة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر فطعننا مع الشبهة وهو لا يجوز ووجه القول الآخرون الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب لأن النضاء على الغائب لا يجوز فكان الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم والعدم لا يورث الشبهة في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة على ما يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الا متراض **قوله** وإذا أقر العبد المحجور عليه إذا أقر العبد بسرقة مال فاما أن يكون مأذوناً له أو محجوراً عليه وكل منهما على

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية القطع وانباته)

وجهين اما ان يكون المال قائما بعينه او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود مقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو مأذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم او مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده قال ابو حنيفة رحمه الله يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف رحمه الله يقطع يده والمال للمولى وقال محمد رحمه الله لا يقطع يده والمال للمولى حكى عن الطحاوي رحمه الله انه قال سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الا فاويل الثلاثة كلها عن ابي حنيفة رحمه الله فقوله الاول اخذ به محمد رحمه الله ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف رحمه الله واما قوله الثاني فاخذ به ابو يوسف رحمه الله ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه واصل ذلك ان القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقدم وبدليل انه لو قال ابغى المال ولا ابغى القطع لم يستطع القطع وقال ابو يوسف رحمه الله كل منهما اصل اما اصالة القطع فيما قالوا في الحران اقر وقال سرفت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق النقطع دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق مادون العشرة لا يقطع ولان الخصومة شرط ولولا ان المال اصل لوجب النقطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد رحمه الله المال اصل والقطع تبع ووجهه وجه قول ابي يوسف رحمه الله في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله في الوجهين يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا وقوله في الوجهين اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه او مأذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقول الغير عدا وطرفه يعني فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قائما في يده وقوله من

من حيث انه آدمي يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه آدمي مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحرة اقراره فيما يرجع الى استحقاق الجزاء كاتفاق الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالاتفاق وقوله ثم يتعدى الى المالبة فيصح من حيث انه مال يعنى لما صح اقراره من حيث انه آدمي يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله لما يشتمل عليه اى على العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى ومثله مقبول على الغير اى ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر الى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام بروية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المدينون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا يقطع على العبد في سرقة اى في سرقة مال مولاه وقوله يؤيده ان المال اصل فيها اشارة الى ما مهد ناه من الاصل وقوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا شهد رجل وامرأتان واقراره بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع وفي عكسه بان قال اطلب القطع دون المال لا تسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله فلا يصح في حقه فيه اى فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع مستحق بدونه اى بدون المال لان احد الحكمين ينفصل عن الآخر الا بيري انه قد ثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي وقوله فيصح بالمال بناء عليه اى لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمي مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على

(كتاب السرقة * باب ما ينقطع فيه وما لا ينقطع * فصل في كيفية النقطع وإثباته)

صحة إقراره بالنقطع لما مهدنا من أصله وقوله لأن الإقرار بلا في حالة البقاء يريدان الإقرار
بالشيء أظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الإقرار وقوله حتى تستطبالرفع لأن
حتى بمعنى الغاء وقوله باعتبار أي باعتبار النقطع لما يجبي من أصلان النقطع لا يجتمع مع الضمان
ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع لأنه لو كان أصلا لما تغير حاله
من التقوم إلى غير لأنه المقصود به أنما يكون بالتقوم وكذلك استيفاء النقطع بعد استهلاك
المال يدل على ذلك إذا لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل وقوله بخلاف الحرجوب
عما استشهد به أبو يوسف رحمه الله بقوله إذا قل الحر الثوب الذي في يد زيد إلى آخره
وبيانه أن الحر لم يسمع قوله سرقة من عدمه وفي حق الرد إلى عمر ولا يلزم عدم النقطع
بل ينقطع لأنه يجعل المقر له وهو عدمه بمنزلة المودع فلا يجب رد المال إليه لما مر أن
السارق إذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وأن لم يرد إليه المال وأما ههنا فلو
لم يرد المال إلى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب النقطع
لأن العبد إذا سرق مال المولى لا تنقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله
على قطع يد العبد فقد جعله سارقا مال غير المولى فيرد إلى الذي أقر بالسرقة منه وقوله
ولو صدقه المولى قدمناه في أول البحث **قوله** وإذا نطع السارق والعين فائمه في يده
كلامه ظاهر وقوله كاستهلاك صيد مماوك في الحرم يعني من حيث أنه يجب قيمته للمالك
وقيمة أخرى لجزاء ارتكاب المحذور لله تعالى وقوله أو شرب خمر الذمي يعني على أصلكم
فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وأن كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن
بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت
يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين إذا كانت قائمة لا ترد إلى صاحبها لأن ذلك
لا يسمى غرما وقوله ما يؤدى إلى انتفائه إنما كان ما يؤدى إلى انتفائه هو المستفي بكونه ثابتا
بالإجماع وقوله أن أوبقي يعني معصومة العبد لكان مباحا في نفسه لأنه عرف بالاستقراء أن

ان ما هو حرام حقاً للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه
 فينتهي القطع للشبهة اذا الشبهة هي ان تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ يدرأ
 بالحديث فان الم يبق معصوماً حقاً للعبد يصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه
 وهذا معنى ما ذكر في المسبوط اذا عارت المالة لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد
 والتحقيق في حق العبد بما لا قيمة له ولا يمكن هذا الا يتقرر الا باستثناء القطع لان ما يجب
 لله تعالى فتمامه بالاستثناء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى به القطع تبين ان
 حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه
 تبين ان حرمة المالة والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله الا ان العصمة جواب سوال
 تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخم وجب ان
 لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وجوب
 الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقيق القطع ومائت
 بالضرورة يقتصر على محلها ولا يتعدى الى فعل آخر وهو الاستهلاك لانه لا ضرورة
 في حقه لانه ليس بالقطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراماً لغيره يعتبر فيها هو
 السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير
 موجب احتيالاً للدفع والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور وهو
 عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود
 بالسبب وهو السرقة لانه انما يسرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تمتة السبب لانه فعل
 آخر فتعتبر الشبهة فيه لاستطاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب قوله وكذا يظهر سقوط
 العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء المماثلة فال
 في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في
 فصل الهلاك وافول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها

(كتاب السرقة * باب ما يقطع فيه وما لا يقطع * فصل في كيفية القطع وأثباته)

في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه هلك عنده واستهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير وناله الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اى لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُّوا عَلَيْهِ يَمْثُلُ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حق للشرع غير منتفع به كالدوم والمبينة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتهاء المعادلة وكلام المصنف رحمه الله ما يساعده فتأمل **قوله** ومن سرق سرقات فتقطع في احدتها فهو لجميعها كلامه واضح **قوله** لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم يظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع واذ لم يقع لها القطع بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة وله ان الواجب بالكل اى بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقاً لله تعالى وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك والخصومة شرط الظهور عند المحاكم وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده فصداً اذا استوفى يعني ذلك القطع فالمستوفى كل الواجب الا ترى ان نفعه وهو الاثر جارٍ يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمناً لا يربو على الثابت صريحاً والقطع يتضمن

ينضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاباً ببراءة كيف يبرأ
 اذا ثبت ضماناً اجيب بأنه كم من شيء يثبت ضماناً ولا يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف
 المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمانه وهو سقوط
 الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت بان القطع لا يجتمع مع
 الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك
 تناقض وقوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها الواحد يعني لو سرق النصب من
 شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة رحمه الله
 لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن *

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يستقطبه القطع بسبب احداث
 الصنعة للشبهة والشبهة ابدأ بتلو الثابت ذكر او من سرق ثوباً فشق في الدار بنصفين
 ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع قيد بقيدتين ان يكون الشق
 في الدار وان يساوي عشرة دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي
 عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولاً واحداً ولانه اذا شق
 في الدار ونقصت قيمته من العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على
 النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع
 لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضدود ولهذا
 قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لان عقاد سبب الملك لانه لو
 لم ينعقد لما وجب التملك بكرة من السارق وصار كما يشتري اذا سرق مبيعاً فيه خيار
 للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت

(كتاب السرقة * باب ما يحدث السارق في السرقة)

على من غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش فاللام فيه للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره انا لانسلام ان له فيه سبب الملك لان الاخذ للمعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب للضمان لاسبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يَحْتَمَل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم يعتبر شبهة كما اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر اى ابو يوسف رحمه الله وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعاً فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود اذا بيع موضوع لا فائدة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو اخذ ثوبين فاخرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيسته نصاب واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن بالنقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به بعض

بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجي تمام الكلام في تفسير الفا حش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي عشرة دراهم فصنعه دراهم او دينار قطع فيه وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يريد ان ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه عندهما خلافا لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صنفا خضريه قمقمه او حديد افعجه دراهم فانه ينقطع به حق المالك وله ان عين المسروق باق والصنعة للحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمن الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان اعتبار الباقي المنقوم اولى من الزائل الغير المنقوم وقوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فان الايمان تتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر فان لفظ رواية الجامع الصغير عن محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف رحمه الله لا ترى انه غير مضمون النسخ انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد رحمه الله واضح وقوله ولهما اي لا يبحففة وابي يوسف رحمه الله ان الصبغ قائم بصورة ومعنى اما صورة فظاهر لان الحمرة فيه محسوسة

(كتاب السرقة * باب قطع الطريق)

واما معنى فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعنى التي اعتبر بها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه يعنى الوجود ورجحنا جانب المالك لما ذكرنا من كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يوخذ عند ابي يوسف رحمه الله لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى فلا يوجب انتطاع حق المالك واما عند محمد رحمه الله فان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا ينقطع حق المالك والله اعلم *

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى واما تسميتها سرقة فلان فاطع الطريق يأخذ المال سرا من اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق يأخذ المال سرا من اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميتها بالكبرى فلان ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ ماله وهتك حرزهم ولهذا غلط الحد في حق قطاع الطريق وانما اخبره عن السرقة الصغرى لانها اكثر وجودا منه وقوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة لابتداء المسلم والذمي والخربي والحر العبد واراد بالامتناع ان يكون فاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم الا امام حداي لا يستقط القتل بغفوا ولا ولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين

محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب وقوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك رحمه الله لان الامام مخبر بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة او وقوله وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة يعني قوله فاخذ واقبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعيد هذا من القتل واخذ المال وقوله ولان الجنابات تتفاوت على الاحوال اى على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق فاللائق تغليظ الحكم اى الجزاء بتغلظ الجنابة لا التخفيف لانه يستلزم مقابلة الجنابة الغليظة بجزاء خفيف او بالعكس وهو خلاف مقضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي رحمه الله يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه اولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وقوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الى آخره قال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما نصا عدلان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وهما المستحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلط الحد ههنا باعتبار تغلط فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله كئلا يودي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء ومقطوعة لم تقطع رجله اليسرى واما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه يقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار في الجمع بين العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل او الصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل

(كتاب السرقة * باب نطع الطريق)

بين القتل والصلب فكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله
 وذكر في الكتاب قول ابي يوسف رحمه الله معه وقال محمد رحمه الله انه يقتل او
 يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف رحمه الله معه لانه ابي
قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان مادون النفس دخل في النفس
في باب الحد كحد السرقة والرجم فان السارق اذا زني وهو محصن فانه يجرم لا غير
لان القتل يأتي على ذاك كله وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو
ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد الا ترى ان الجلدات في الزنا لا تتداخل
فان قيل لو كانا حد واحد لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم يجز له ان يترك بعض
الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب
ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا
فائدة في اشتغاله بالقطع بعد كما اذا ضرب الزاني خدسين جلدة فمات فانه يترك
ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع وقوله وعن الكرخي رحمه الله
مثله اي مثل ما نقل عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يصلب وهو حي يطعن بالرمح
حتى يموت وقوله توفيا عن المثلة لانها منهية عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بدأ ذكرناه اي بالصلب ثلثة ايام وقوله واذا قتل
القاص فلا ضمان عليه واذا قتل فاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق
فقطع يده وكلامه واضح وقوله انحازوا اليهم اي انضموا وقوله وان لم يقتل القاطع ولم
ياخذ مالا وقد جرح جعله الامام التمر تاشي حالة خامسة من احوال فطاع الطريق
والمصنف رحمه الله لم يذكره في الاجمان بل قال هي اربعة لان مراد المصنف رحمه الله
الاحوال التي يدل عليها الاجزئية المذكورة في النص حد او هي اربعة كما ذكره وقوله
سقطت عصمة النفس حق العبد كما تستقط عصمة المال بناء على ان مادون النفس

النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم تستط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد فيه علم ان حق الله ليس به وجود وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان شاء الاولياء قتلوه يعنى فصا صا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد قوله تعالى إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ واعترض بان قوله إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا ههنا نظيرة في قوله وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا فيكون الاستثناء من قوله وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفًا على جملتين كاملتين واجيب بان قوله وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ لا يصلح جزاء وقد ترناه في التقرير بخلاف قوله وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال او لا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله اولا ان التوبة يتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض المشائخ ردهم الله ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المال والندم على ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابد اولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمنصف رحمه الله جمع بين قولي المشائخ رحمه الله بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثله اى في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله فظهر حق العبد يعنى لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او يعفو وقوله ويجب الضمان

معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة يتوقف على رد المال عند بعض المشائخ فكيف ينصور الهلاك او الاستهلاك بعد الرد الى المالك واجيب باننا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر وملك في يده حيث يصح توبته ويجب الضمان واقول هذا انما يتم اذا كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلم يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشائخ رحمه الله وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالحاطي مع العامد يعني كما اذا رمى مهما الى انسان عمدا ورماه آخر خطأ واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطي شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تأويله ذهب ابو بكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من ادهم فانه لا يجب الحد على الباقي لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع عن ادهم بسبب الترابية امتنع عن الباقي واما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا يتعلق به لغيرة كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من ادهم ما لا ومن حرز اجنبي ما لا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق اي ليس بمقيد بكون المال مشتركا لان الجنابة واحدة على ما ذكرناه لا بخصيصة وزفر رحمه الله فلا امتناع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقي بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن من جواب سوال تقريره قطع الطريق على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط وجود المستأمن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو اي الخلل يخص المستأمن فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر فيه عشرة دراهم واما وجود ذى الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كالقريب سرق مال القريب ومال الاجنبي من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك في المصر ويقترب منه قدر البعدين المصر وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخنق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والله اعلم *

كتاب السير

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الا ان الحدود معاملة مع المسلمين غالباً وعلى الخصوص في حد الشرب وفي السير المتعاقبة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهي فعلة من السير وهي الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال في المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت في لسان صاحب الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو وقصدته القتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة **قوله** الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد هو الدماء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال

وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين
اما الفرضية فلقوله تعالى فاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ وَهُوَ دَلِيلٌ قَطْعِي فبغير الفرضية ولقوله صلى
الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة اي نافذ من ماضى في الارض مضاء اذا
نفذنا فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد جيب بان خبر الواحد
اذا تأيد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله فاقْتُلُوا
وبالاجماع وفيه نظرا لاننا نسلم انه اذا تأيد بالنطعي افاد الفرضية فان الفرضية حينئذ
تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد ويمكن ان يقال الخبر لم يذكره للدلالة على
الفرضية بل لبيان دوامه وبنائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس
فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جازان يكون بيانا لما احتمله النص وما كونه
فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افساد في نفسه بتخريب البلاد وافتاء العباد
لكن لا عزازدين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود ببعض سقط عن
الباقيين كصلوة الجنائز وورد السلام * والمراد بالكراع الخيل وقوله تعالى انقروا خفا
وتقلا اي ركبانا ومشاة او شبا وشيوخا ومهازيل وسامانا وصحاحا ومراضا واعترض
بان قوله تعالى انقروا خفا وتقلا عام فما وجه تخصيصه بالنفير العام واجيب بآية
دفع الحرج ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع نخلف كثير من اهل المدينة
فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ
غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ الى قوله وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى ووجه الاستدلال ان الله تعالى
وعد القاعد من الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد
لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر
عليه وامان ورائهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عند
المقاومة مع العدو واما بالتكاسل فحينئذ يفترض على من يليهم ثم ونم الى ان يفترض على

باب كيفية القتال

لَمَّا كَانَ الْأَمْرُ الْأَوَّلُ فِي بَابِ الْجِهَادِ الْقِتَالِ بَدَأَ بَيَانُ كَيْفِيَّةِ الْمَدِينَةِ مَعْرُوفَةً وَالْحَصْنَ بِكَسْرِ الْحَاءِ كُلِّ مَكَانٍ مُحَمَّدِيٍّ مَحْرُوزًا لِيَتَوَصَّلَ النَّاسُ مَا فِي جُوفِهِ فَالْمَدِينَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْحَصَنِ وَقَوْلُهُ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ لَا يَخْلُوصُ مِنْ أَنْ يَقَاتِلُوا قَوْمًا بَلَّغَتْهُمْ الدَّعْوَةُ أَوَّلًا لَمْ تَبْلُغْهُمْ فَإِنْ كَانَ الثَّانِي لَا يَحِلُّ الْقِتَالُ حَتَّى يَدْعُوَ الْقَوْلُ تَعَالَى وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فَالْأَفْضَلُ ذَلِكَ وَكَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَاهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ وَإِذَا فَرَغَ جَدَّدَ الدَّعْوَةَ ثُمَّ شَرَعَ فِي الْقِتَالِ وَقَوْلُهُ كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ أَيْ امْتَنَعُوا عَنْ قِتَالِهِمْ أَوْ مَنَعُوا أَنْفُسَهُمْ عَنْهُ فَكَفَّ لَزِمَ وَمَنَعَهُ وَقَوْلُهُ عَلَى مَا نَطَقَ بِهِ النَّصُّ يَعْنِي قَوْلُهُ تَعَالَى قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ إِنْ قَالَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ مِنْ يَدٍ وَقَوْلُهُ وَهَذَا فِي حَقِّ مَنْ يَقْبَلُ مِنْهُ الْجِزْيَةَ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ فَتَكْفَى بِالنُّونِ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ مَوْئِدَةُ الْقِتَالِ بِنَصَبِ مَوْئِدَةٍ عَلَى الْمَفْعُولِ الثَّانِي وَقَوْلُهُ لِلنَّهْيِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا رَوَى أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي سَرِيَّةٍ وَقَالَ لَا تَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى تَدْعُوهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ وَقَوْلُهُ لَعْدَمِ الْعَاصِمِ أَيْ الْمَوْجِبِ لِلْغَرَامَةِ وَهُوَ الدِّينُ عَلَى مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَوَّلًا حَرَّازًا بِالْأَدَارِ عَلَى مَذْهَبِنَا وَقَوْلُهُ مِبَالِغَةٌ فِي الْإِنْذَارِ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا قَاتَلَ قَوْمًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ دَعَاهُمْ ثُمَّ اشْتَغَلَ بِالصَّلَاةِ ثُمَّ دَعَا بَعْدَ الْفَرَاغِ وَجَدَّدَ الدَّعْوَةَ وَقَدْ مَنَاهُ وَقَوْلُهُ أَغَارَ عَلَى بَنِي الْمَصْطَلِقِ أَيْ أَخْرَجَهُمْ مِنْ خَبَائِثِهِمْ مَهْجُومَةً عَلَيْهِمْ وَهُمْ غَارُونَ أَيْ غَافِلُونَ وَابْنُ عَلِيٍّ وَزَنَ حَبْلِي مَوْضِعَ الشَّامِ وَقِيلَ اسْمُ قَبِيلَةٍ وَالْغَارَةُ لَا تَكُونُ بِدَعْوَةٍ لِأَنَّ فِيهَا اسْتِرَاةً وَاسْتِرَاعَ لِأَنَّهَا اسْمُ مَصْدَرٍ لِلْإِغَارَةِ الَّتِي هِيَ مَصْدَرُ إِغَارِ الْبُغْلِ وَالْفَرَسِ إِغَارَةً وَغَارَةً إِذَا اسْرَعَ فِي الْعَدُوِّ وَقَوْلُهُ الْبُيُوتَةُ عَلَى وَزْنِ دُوبُرَةٍ مُصَغَّرُ الدَّارِ وَالْكَثَبُ هُوَ الذِّلُّ وَالْهَوَانُ وَقَوْلُهُ وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَسِيرٌ مُسْلِمٌ أَوْ تَاجِرٌ رَدَّ لِمَا قَالَ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ

انه اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتناف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاندام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائزا لا يرى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى من هذا الوجه وقلنا في رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعمة وغيرها لان البيضة مجتمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص واذا اجتمعما يقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخاف حصن من حصونهم عن مسلم اسيرا وتاجرا فلو امتنع عن الرمي باعتبار لا نسد بابيه اي باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله وما اصابوه منهم لادية عليهم ولا كفارة يعني عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي رحمة الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطأ لانه يتصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضاً ولا دية ولا كفارة فيه ولنا ان الجهاد فرض وكل ما هو فرض فالغرامات لا تقترب به لان الفرض ما موربه لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منه في الله عليه وسلم وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج امي مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل اجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتختص صورة النزاع بما قلنا وفيه نظر لان القران شرط وهو ممنوع واقول قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام معناه ليس في دار الاسلام دم مفرج وما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة بطلق لكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب ان الجائع يقدم على التناول عند رفع الخطر وان كان فيه ضمان لما فيه من احياء نفسه وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على ائلاف النفس اي نفس

سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الديّة والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجاد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد امان يقتل وقد يصادف المسلم او يقتل فلو ائتمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له **قوله** ولا باس باخراج النساء والمصاحف كلامه واضح سوى ما ننبه عليه السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة رحمه الله اقل السرية مائة وقال محمد بن رحمه الله في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية اذناه ثلثة ولو يبعث بمادونه جاز وقال الحسن بن زياد رحمه الله من قول نفسه اقل السرية اربع مائة واقل الجيش اربعة آلاف وقوله وهو التاويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في ارض العدو رواه ابن عمر رضي الله تعالى عنه وانما قيد التاويل بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي النهي كان في ابتداء الاسلام عند قلعة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي رحمه الله وقوله لما بينا اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لا يقتلوا يعني عند الضرورة يقتلون لان الجهاد حينئذ بصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده وقوله والمثلة المروية يقال مثلت بالرجل امثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او قطعت انفه وما شبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمرا بن الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة وقوله ولا شيخافاننا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الثاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصباح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون

ولا يكون من اهل الرأي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه يقتاله محارب
وبصياحه محرض على القتال وبالا حيايل بكثر المحارب وقوله لان المسيح عنده ابي للقتل
الكثير وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يا بس الشق وهو المفلوج
قيل المراد بالذرا ري ههنا النساء وقوله هاه كلمة تنبيه الحق بآخر هاهاء السكتة وقوله
الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب لما صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان
صاحب رأي وقوله فهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح
فانه يقتل وان لم يقاتل بل امكنه انما يقاتل في حاله افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب
وقوله امنع عليه اي يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بينا اشارة
الى قوله لان مقصود الدفع والله اعلم بالصواب *

باب الموادة ومن يجوز امانه

الموادة المصالحة وسميت بها لانهما متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك
القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان في ذاك مصلحة قيل عليه بان قوله تعالى
وَأَنْ جَاهُوا لِلْسَّلَامِ ليس بمقتيد بالمصلحة فكان الاستدلال به مخالفا للمدعى واجيب بان
هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى
وهي قوله تعالى فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ وبدليل الآيات الموجبة للقتال
والالزام التناقض لما ان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد
من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة
على ما ذكر في الكتاب ولا يقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشرين سنة فكانت هذه المدة
المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادة تدوم مع المصلحة

وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله لنعدى المعنى يعني به دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادهم ملا بقوله تعالى فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلَامِ ولان الموادة ترك للجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال واما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين فلم يكن في تلك الموادة رفع الشرف لم يحصل للجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشيء من يدطرحة ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ اليهم اي بعث اليهم من يعدلهم ينقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا خدراى هي وفاء وقوله ولا بد من اعتبار مدة الى آخره قال الله تعالى وَأَمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني من قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله لانه ما خوذ بالقهر معنى يعني فيكون كالمأخوذ قهرا صورة ومعنى وهو ما خوذ بعد الفتح بالقتال وقوله لما فيه من اعطاء الدنية النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه ونفس سائر المسلمين فحينئذ لا بأس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم بقوله تعالى هَٰنَالِكَ ابْتُلِيَ الْمُؤْمِنُونَ وَزُلْزِلُوا زِلْزَالًا شَدِيدًا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصين وطلب منه ان يرجع بن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد رضى الله تعالى عنهما وقال يا رسول الله ان كان عن وحي فامض بما امرت به وان كان رأيا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون ثمار المدينة الا بشري او فرى فاذا ادنا الله بالدين وبعث

وبعث فينا رسوله نعطيههم المدينة لانعطهم الا السيف فقال صلى الله عليه وسلم اني رأيت
العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتقم وذلك
اذهبوا فلا نعطيكهم الا السيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء
لما احسن الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال له السعدان امتنع عن ذلك
وقوله باي طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك بذلك
عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذاك عن نفسه
غير واجب بل هو مريض فيه حتى لو قتل فيها بصره عنها كان شهيدا واجيب عنها
بان معنى الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام
عليها ونقول الواجب بمعنى الثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز اليهم اى لا يبعث التجار
اليهم بالجهاز وهو تاجر المناع والمراد به ههنا السلاح والكراع والتحديد قوله لما بينا يعني قوله
ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال ما راهله اى اتاهم بالطعام والله اعلم *

فصل

لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة
وكلامه واضح وقوله ويسمى بذمتهم اى بعهدهم واما نهم اذ ناهم اى اقلهم وهو الواحد لانه
لا اقل منه واما فسر الان نى ههنا بالاقل احتراز عن تفسير محمد رحمه الله حيث فسر بالعبد
لانه جعله من الدناءة والعبد انزى المسلمين وقوله ولانه اى ولان كل واحد من الرجل والمرأة
من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المرأة فبالسبب بالمال او العبد واما قوله صلى الله عليه وسلم
هاهنا ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله ملاقاته اى ملاقات الامان محله وهو محل
الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى اى الامان الى غيره اى غير الذي
آمن من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهادة برؤية الهلال ثم

(كتاب السير * باب المواعاة ومن يجوز امانه * فصل)

يتعدى منه الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اى التصديق بالقلب
فكذا الايمان لا يتجزى فاذا تحقق من بعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول
بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة
صح النكاح في حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزى فلا يتجزى الولاية فكذلك
ههنا واعلم ان المصنف رحمه الله استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط في احدهما
كون من يعطى الايمان ممن يخافونه وفي الآخر الايمان والاول يقتضي عدم جواز
امان العبد المحجور والتأجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة
بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن
ان يجعل الاول علة والآ خر شرطاً وسماه سبباً مجازاً اذا شئى ببقى على عدمه عند عدم
شرطه وسيجي في كلامه اشارة الى هذا وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء
من قوله صح امانهم وقوله فدينه يعنى في باب المواعاة بقوله وان صالحهم مدة الى
آخرة واليه اشار ايضا بقوله لما بينا قبل قوله ولو حاصر الامام حصناً وآمن واحد من
الجيش تكرر محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة واقول
يجوز ان يكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادته تمهيد
وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه اى لسبقه على راي الامام وحقيقة
الافتيات الاستبداد بالرأى وهو الافتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان
ذمى لانه منهم بهم اى بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعنى قوله
والامان يختص بمحل الخوف **قوله** ولا يجوز امان العبد اتفق العلماء على ان امان العبد
المأذون صحيح لما روي ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسود رمى به الى قوم
محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله تعالى عنه فجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين
وهذا العبد كان مقاتلاً لان الرمي فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح

فلا يصح امانه عند ابي حنيفة رحمه الله ويصح عند محمد والشافعي رحمهما الله وذكر الكرخي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله مع محمد رحمه الله واعتمد عليه القدرى في شرحه وذكر الطحاوي مع ابي حنيفة رحمه الله وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد رحمه الله بالحديث ظاهر وقوله ولانه مؤمن ممتنع اي ذي قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الايمان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الايمان يعني عقد الذمة فان العربي اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والتبول من العبد ويصير ذميا بالا اتفاق حتى يجري عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالايمن لكونه شرطا للعبادة يعني شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجي في كلامه اشارة الى هذا وقوله والامتناع يعني وشرطنا الامتناع لتحقيق ازالة الخوف به وقوله والتاثير اعزاز الدين يعني ان العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على ما دون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الى آخره وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان فهذا الوصف معدل لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في حين هذا الحكم وهو الايمان في الحرف اذا وجد في المحجور عاينه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسابقة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملك فلا يملك الايمان ايضا وتقريرة انما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل لمنافعه في مجرد القول وقوله ولا يحنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال يصح ان يكون ممانعة وتقريرة لانسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقيق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام

المصنف رحمه الله وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح
امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه
فالكفار من اين يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك
يعلم بترك المسابقة فانهم لما رأوه شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا
ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك ممن له المنع وبوقال المصنف رحمه الله انه محجور
عن القتال والامان نوع قتال كان اسهل اثباتا لمذهب البيهقي رحمه الله فتأمل وقوله
وفيه ما ذكرناه يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر
وقوله وفيه سد باب الاستغنام اي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا
عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد
جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة النزاع على عقد الذمة لانه اي الامان المؤبد
خاف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي فهو بمنزلة
الدعوة اليه اي الى الاسلام وهي نفع ولانه مقابل بالجزية وهي نفع ولانه مفروض عند
مسألتهم ذلك يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يعترض على الامام اجابتهم اليه
واسقاط الغرض نفع فافترا وقوله فهو على الخلاف يعني على قول البيهقي رحمه الله لا يصح
امانه وعند محمد رحمه الله يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اي باتفاق اصحابنا
رحمهم الله ليس على الخلاف لانه تصرف دائريين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي
بعد الاذن *

باب الغنائم وقسمتها

اخر باب الغنائم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة امان يومئذ او يقتلهم ويستغنم
اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان شرع في ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل

اهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها ان يخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة
واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا قال في النهاية وقوله قهر ليس بتفسير له لغة لان عنا يعنوهنا
بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهرا متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن
لان من الذلة يلزم القهرا وان الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اي قسم
البلدة بتأويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر
وان شاء اقراه له عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذا فعل عمر
رضي الله تعالى عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم فان قيل قد خالفه
في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحده من خالفه يريد به نفر ايسر منهم بلال حتى دعا عليهم
على المنبر فقال اللهم اكفني بلاا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرق اي ماتوا
جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيخبر ولقائل ان يقول لانسلم ان احدا من الصحابة
رضي الله تعالى عنهم بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذ لم يصل الي حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبي صلى الله عليه
وسلم اذ لم يعلم انه عليه الصلوة والسلام على اي جهة فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو
الاباحة وحينئذ لا يستوجب الغمل لامحالة فاذا ظهر دليل الصحابي رضي الله عنه جاز
ان يعمل بخلافه والثاني انه على تقدير انه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وجوبا فان
عمر رضي الله تعالى عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ بعد
قوله تعالى مَا آفَاءَ لِلَّهِ عَلَيْهِمْ رَسُولُهُ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ
فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام
كالواجب المخير في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم احدهما وعمر رضي
الله تعالى عنه الآخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل
النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل

عمر رضي الله تعالى عنه ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل بلد على بلد هم
 بالمن عليهم في العتار واما في المنقول المجرد فلا يجوز لمن بالرد بان يدفع اليهم مجانا
 وينعم به عليهم واما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز لمن عليهم في المنقول بطريق التبعية في
 العتار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات
 بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد
 وفي العتار خلاف الشافعي رحمه الله فانه لا يجوز لمن فيه قال لان في المن ابطال حق
 الغنائمين عندكم لان حقهم قد ثبت وتأكد بالا حراز فقد صار محروزا بفتح البلدة واجراء
 احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم
 بنفس الا حراز فلا يجوز يعني ابطال كل واحد من الحق والملك من غير بدل يعادله
 فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل فالحق او الملك
 ثبت في رقابهم ايضا وجاز له ان لا يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم
 لم يتعلق بها لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل فكذاله ان يبطله بالخلف وهو
 الجزية وهذا لانها خلقت في الاصل حرا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد
 بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا والحجة عليه
 ما روينا يعني من فعل عمر رضي الله تعالى عنه وقوله ولان فيه نظرا يعني ان تصرف الامام
 وقع على وجه النظر في اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن
 الجهاد وكان يكثر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم
 وهم عارفون بالعمل صاروا كالا كربة اي المزارعين العاملة للمسلمين العارفة بوجوه
 الزراعة والمؤمن مرتقة مع ما انه يحظي به الذين يأتون من بعد كان فيه نظر
 لا محالة فيكون جائزا وقوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج
 غير معادل لقلته وتقريره الخراج وان قل حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج

يُخرج في سنة فقد جُل ما لا دَوامه بوجوبه كل سنة وقوله وان من عليهم ظاهر
 وقوله ليخرج عن حد الكراهة معناه ما قاله الامام الترمذاشي فان من عليهم برفاقهم
 واراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي
 بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل
 في الاراضي **قوله** وهو في الاسارى بالخيار الا امام فيما حصل تحت يده من الاسارى
 مخير بين الامور الثلاثة ان شاء قتلهم لان النبي صلى الله عليه وسلم قد قتل عقبة بن
 ابي معيط والنضر بن ابي سهل بعد ما حصل في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم
 فان اسلموا سقط عنهم القتل لانه حقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط
 القتل وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فان اسلموا
 بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزء الكفر الاصلي على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا
 قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق ايضا لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد
 سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احراز اذمة للمسلمين لما بينا من فعل
 عمر رضي الله تعالى عنه فان قيل فاقولوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك
 العمل به في حق اهل الذمة والمستأمن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله تعالى عنه
 وقوله الا مشركي العرب استثناء من قوله وان شاء تركهم احراز اولقائل ان يقول هذه
 الدالة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو ان يكون الامام مخير بين الامور الثلاثة
 والدالة تدل على وجوب كل واحد منها لانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب
 لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول وانوى ثم
 استدل بما فعل عمر رضي الله تعالى عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله
 واجبا والا لزم التخير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور
 واجب والا امام مخير بينها كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر

قوله ولا يفادي بالاسارى المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فدية ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى اي لا يعطى اسارى الكفار ويؤخذ منهم اسارى المسلمين او المال عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يفادي بهم اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله ووجه ذلك ما ذكره وان فيه تخلص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله انه ان فيه تقوية وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز ان يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين واما المفاداة باخذ المال منهم في اطلاق اسراءهم فلا يجوز في المشهور من مذهب اصحابنا رحمهم الله لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفر يعودهم حربا علينا * وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا بالاسارى بدر وسبجي جواربه وقوله ولا يجوز لمن عليهم المراء بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجاناً من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل خلافاً للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني ابا عزة الجهدي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسرو القسر ثبت حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وموض كسائر الاموال المغنومة ومارواه من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فَاَمَّا مَن بَعْدُ وَاَمَّا فِدَاءٌ وَكَذَلِكَ فَصَلَةٌ اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال لقوله تعالى فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حيث وجدتموهم فكان ناسخاً لما تقدم كله ولقائل ان يقول فداجمعو اولى انه مخصوص منه الذمي والمستامن فجاز ان يخص منه الاسير قبالا عليهما ولحديث ابي عزة وغيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستامن لعدم استرقاق رقبته وحديث ابي عزة مقدم على الآية وغيرهما غير موجودا وغير معلوم فلا يصح التخصيص بشيء من ذلك والمواشي

والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبنر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه واضح ظاهر **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وقل أبو يوسف رحمه الله جاز والتأخير إلى الخروج إلى دار الإسلام أحب إليّ وقال الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك والأصل أن الملك لا يثبت للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعندنا يثبت وتبني على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية أي في كفاية المنتهي منها أن الإمام إذا باع شيئاً من الغنائم لا حاجة الغزاة أرباع أحد الغزاة فإنه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو أنفق أحدهم شيئاً في دار الحرب لم يضمه وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركهم في الغنيمة وقوله أن سبب الملك ظاهر وقوله والثاني أي اثبات البدالة إلى دار الإسلام من عدم تقدر نهم أي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ ووجوده أي وجود الاستنقاذ ظاهر لكون المسلمين في ديارهم وقوله ثم قبل موضع الخلاف أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة عن الإمام بدون الاجتهاد هل يثبت به حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الأكل والوطئ وسائر الانتفاع أو لا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لأن حكم الملك لا يثبت بدونه أي بدون الملك معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل على ثبوت الملك المستأزم لجواز القسمة فعنده مرتبة بهذه القسمة الصادرة لأن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمرتبة فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً وهذا لأن الملك علة لترتب الأحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وإنما قيد القسمة بقوله لأن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فإنه إذا قسم مجتهد أجاز بالاتفاق وقوله وقبل الكراهة أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لعدم الجواز لما في القسمة

(كتاب السير * باب الغنائم وقسمتها)

من قطع شركة المدد فنقل بهار غبتهم في الحق بالجيش ولانه اذا قسم نفر قوا فرما
بكثر العد وعلى بعضهم وهذا امر وراء ما ينتم به القسمة فلا يمنع جوازها وهي كراهة
تزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز
القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الا فضل ان يقسم في دار السلام وفيه نظر
لان هذا يشير الى ان قول محمد رحمه الله على خلاف قول ابي حنيفة رحمه الله في القسمة
في دار الحرب وليس بشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله
وفي غير ظاهر الرواية الافضلية منقولة عن ابي يوسف رحمه الله كما ذكرناه وايضا
قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز القسمة يدل على خلاف
ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخاو عن تسامح والمخلص عند
انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا تنقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشائخ رحمهم الله
المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام المرتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به
الكراهة وعلى هذا قوله على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجوز
القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجع لكونه محرما
والمحرم راجع على المباح الا انه تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي رحمه الله
فيجوز مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والداية ونحو ذلك فلا يتقاعد
عن ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يطل بالكلية حصل من معارضة الدليل
الراجح المرجوح الكراهة كما في سور الحمار **قوله** والردء والمقاتل في العسكر سواء
الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشري في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لا سنوائهم
في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا وشهود الواقعة عند الشافعي رحمه الله
على ما عرف وكذا لك اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا من الاستواء في السبب
وقوله وانما الحفهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل يريد ما مر ان سبب

سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك
 المدد الجيش في الاحراز الذي ينتم به السبب شاركهم في تأكد الحق بهم كما
 لو التحقوا بهم في حالة القتال وانما ينقطع حق المشاركة بالاحراز او بقتل الامام في دار
 الحرب او ببيع المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق
 لاهل سوق العسكر في الغنيمة باطلا فبه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر
 في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو الا ان يقاتلوا فلهم
 السهم وقال الشافعي رحمه الله يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن
 شهدا لوفعة ولانه وجد الجهاد معني بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاورة واضمح
 وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهدا لوفعة موقوف على عمر رضي الله تعالى عنه ومثله ليس بحجة
 عنده لانه لا يرى تقليد الصحابة اوثا وبه ان يشهدا على قصد القتال الا يرى ان الكفار
 يشهدونها وليس لهم شيء وان لم تكن للامام حدوده بفتح الحاء ما يحمل عليه من
 بغير اوفرس او بغل او حمار قسمها بين الغانمين قسمة ايداع وكلامه واضح وقوله لانه
 ابتداء اجارة اي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستأنفة في حالة البقاء فانه يجبر
 على الاجارة بالاتفاق كما في مسألة السفينة فان من استأجر سفينة شهر افتمضت المدة
 في وسط البحر فانه يعتد عليها اجارة اخرى باجرة المثل بغير رضا المالك وقوله وصار
 كما اذا نفقت دابته يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله ويجبرهم في رواية
 السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنائم يرد ابيه قبل الخمس لان في هذا
 الاستيجار منفعة الغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب
 الحمولة لا يمنع صحة الاستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار
 لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله ولا يجوز بيع الغنائم قبل التسمية واضح
 مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه نظرا لانه يناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها

بنم الملك والنجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ما ذكره هناك اولان ذلك بعارض الحاجة والاعتبار بالامور الاصلية وقوله وقد بيناه اي في مسألة قسمة الغنائم في دار الحرب وقوله ولا بأس بان يعلف العسكراي ودايهم العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيد بالحاجة بغنى التدوري في مختصره وقد شرطها يعني محمدا رحمه الله في رواية وهي رواية السير الصغير ولم بشرطها في الاخرى وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام فتعبر حقيقة اي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب اما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب قبل وليس بصحيح لان التدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر القل الى دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذ لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرد الى الغنيمه وقوله ويوفى حوايه الدابة التوفيق تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف رحمه الله بالراء من الترفيع وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشائخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا اولى واليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو منافض لان ترك الاول لا يسمى خطأ وقوله وتاوبله الى آخره انما احتاج المصنف رحمه الله الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمه بسبب صيانه سلاحه لا يجوز وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحب الى آخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اي لا يجوز ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا ينمولونه اي يبيعونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاقرار وكلامه

وكلامه واضح وقوله يباح له الانتفاع في العصلين اي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب **قوله** ومن اسلم منهم انما احتاج المصنف رحمه الله الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر للمسلمون على دار الحرب فان اولاده وامواله كلها في اذ الفئ مانيل من الكفار بعد ما تضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه يقع جزاء الاستنكافه عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان يصيره عبد عبدة ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد له مشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حاله البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم وقوله واولاده الصغار وكل مال منصوبان بالعطف على مفعول احرز وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحرابي وقيل هذا اي كون عقاره فيئا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله استحس في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد رحمه الله الا ان كان عنه ايضار وايتان فقد هان الخطب اذ ذاك وقوله وعندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد رحمه الله يشبه وزوجه في لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعالزوجها اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها في خلاف الشافعي رحمه الله في الحمل وهو يقول انه اي الحمل مسلم بتبعية ابيه والمسلم لا يسترقي كالولد المنفصل *

ولنا انه جزؤ هاهو هي قد صارت فينا بجميع اجزائها الا يرى انه لا يجوز ان يستثنى
الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر اجزائها فكما ان الحمل لا يصير عبدا عند اعتاق
الام مستثيا بحال فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام
وقوله والمسلم محل للنكاح جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلطنا انه مسلم تبعا
لكن المسلم محل للنكاح تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امه الغير يكون الولد
رفيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب
عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذا في قوله واولاده الكبار في * ومن قال
من عبده في لانه لما نذر على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار
في ومن لم يقل فليس بنبي لانهم اتباعه وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في
غصبا كان او دعي لان يده ليست بمحترمة اعترض عليه بان ما ظم مقام غيره فانهما يعمل
بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في النيمم ولما كان الحربي مقام
المودع المسلم كان الواجب ان يكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير
محترم نظرا الى الحربي واجيب بان قيام يد المودع على الودعة حقيقي وقيام يد المالك
عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة باعتبار الحقيقة يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة
لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما ثبت التبعية
ان لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما وحكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام
يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف
نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في
حدا محزنة رحمه الله وقال لا يكون فينا قال رضي الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير
وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله مع محمد رحمه الله وهو ليس
بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ نال بل ليس لابي يوسف رحمه الله فيه ذكر

ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف رحمه الله مع قول محمد رحمه الله وبعضها وقع هكذا وفي عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون في هذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولا يحنيفة رحمه الله انه اي المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحرابي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لانسلم انها صارت معصومة باسلامه الا ترى انها ليست بدعومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لولم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحرابي وليس كذلك اجاب بقوله الا انها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة لتقوم بما كلفت به وابعاد التعرض انما هي بعارض شره وقد اندفع بالاسلام فعدت الى اصلها لا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة لامتهان فكان محلا للملك فكان المقضي موجودا والمانع منتهى لان المانع كونه في يده حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصية فيجعل كأنه ليس في يده احد فكان فيما وقوله وان اخرج المسلمون ظاهرو قوله معناه اذا لم تقسم بعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثان دار الحرب مغربين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة از

(كتاب السير * باب الموادعة ومن يجوز امانه * فصل في كيفية القسمة)

الغنيمة هو المأخوذ فهراباذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وبعد القسمة تصد قوابه اي اذا جاء وابما افضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصد قوابه ويقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاييم وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر الضمير الى القيمة على تاويل ما يقوم او على تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل والله اعلم بالصواب *

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لا بد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسة وللرسول استثنى الخمس اي اخرجه استعارة الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا اننا غنمنا من شيء فان لله خمسة اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغرة ثم قال فان لله خمسة فكان بيان ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان اربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايضا للحق الى المستحق ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين وللراجل سهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا هو قول الشافعي رحمه الله للفارس ثلاثة اسهم ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالغنم والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والغرب معنى الفرار اذا كان لاجل ان يكون الكراشد كان هو من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا

وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَلَا يُخَفِّفُهُ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَهُوَ ظَاهِرٌ وَلَكِنْ طَرِيقَةُ اسْتِدْلَالِهِ مُخَالَفَةٌ لِقَوَاعِدِ الْأَصُولِ فَإِنَّ الْأَصْلَ أَنَّ الدَّلِيلِينَ إِذَا تَعَارَضَا وَتَعَذَّرَ التَّوْفِيقُ وَالتَّرْجِيحُ بَصَارًا إِلَى مَا بَعْدَهُ لَا إِلَى مَا قَبْلَهُ وَهُوَ مَا قَالَ فِتْعَارُضُ فَعْلَاهُ فَيَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ وَالْمَسْلُوكِ الْمَعْمُودِ فِي مَثَلِهِ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِقَوْلِهِ وَيَقُولُ فَعْلُهُ لَا يَعْأَرُضُ قَوْلُهُ وَلَكِنْ الْقَوْلُ أَقْوَى بِالْإِتْفَاقِ وَقَوْلُهُ وَإِذَا تَعَارَضَتْ رَوَايَتَا تَرْجِيحِ رَوَايَةِ فَيُفَرِّضُ إِي سَلَمَتِ مِنَ الْمَعَارَضَةِ فَيُعَدُّلُ بِهَا يَعْْنِي رَوَايَةَ ابْنِ عَبَّاسٍ وَقَوْلُهُ فَيَكُونُ غَنَاءُ وَمِثْلِي فَنَاءُ الرَّجُلِ لِأَنَّ نَفْسَ الْفَرَارِ لَيْسَ بِمَحْمُودٍ بَلِ الْفَرَارُ إِنَّمَا يَحْسُنُ إِذَا فَعَلَ لِأَجْلِ الْكَرْفِيِّ كَوْنًا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ وَلَا نُهُ تَعَذُّرًا عَتَارُ مَقْدَارِ الزِّيَادَةِ لَتَعَذُّرِ مَعْرِفَتِهِ يَعْْنِي قَدْ يَزِيدُ الْفَارَسَ عَلَى فَارَسٍ آخَرَ وَالرَّجُلَ عَلَى رَاجِلٍ آخَرَ فِي الْغَنَاءِ وَالْوَقُوفِ عَلَى تِلْكَ الزِّيَادَةِ مُتَعَذِّرٌ لِأَنَّهَا تَظْهَرُ عِنْدَ الْمَسَابِقَةِ وَكُلُّ مِنْهُمْ مَشْغُولٌ بِرُوحِهِ وَإِذَا كَانَ مُتَعَذِّرًا وَلَهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ أَدْبَرَ الْحَكْمَ عَلَيْهِ وَلِلْفَارَسِ سَبَبَانِ نَفْسُهُ وَالْفَرَسُ وَلِلرَّجُلِ سَبَبٌ وَاحِدٌ وَهُوَ نَفْسُهُ فَكَانَ اسْتِحْقَاقُ الْفَارَسِ عَلَى ضَعْفِهِ وَقَوْلُهُ وَلَا يَسْهَمُ الْإِنْفَرَسُ وَاحِدًا وَاضْهَمَ وَحَاصِلُ الدَّلِيلِينَ وَقُوعُ التَّعَارُضِ بَيْنَ رَوَايَتِي فَعْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَالرَّجُوعُ إِلَى مَا بَعْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ بِقَوْلِهِ وَلَآنَ الْقِتَالُ لَا يَتَحَقَّقُ بِفَرَسَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً فَلَا يَكُونُ السَّبَبُ الظَّاهِرُ وَهُوَ مَجَاوِزَةُ الدَّرَبِ مُنْقَضِيًا إِلَى زِيَادَةِ الْغَنَاءِ بِالْقِتَالِ عَلَيْهِمَا نَفْسُهُمْ لِوَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا يَسْهَمُ لثَلَاثَةِ إِنْفَرَسٍ وَقَوْلُهُ وَمَا رَوَاهُ مَحْمُولٌ عَلَى التَّنْفِيلِ إِلَى آخِرِهِ اسْتَظْهَارًا فِي تَقْوِيَةِ الدَّلِيلِ لِأَنَّ مَا رَوَاهُ لَمَّا سَقَطَ بِالْمَعَارَضَةِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى جَوَابٍ عَنْهُ أَوْ تَأْوِيلٍ لَهُ الْبِرَازِينَ وَالْبَعْتَاقُ سَوَاءُ الْبِرَازِينَ جَمْعُ بَرَزُونٍ وَهُوَ فَرَسُ الْعَجْمِ وَالْعَتَاقُ الْكَرَائِمُ يُقَالُ عَتَاقُ الطَّبِيرِ وَالْخَيْلِ لِكِرَائِمِهَا وَالْعَرَابُ خِلَافُ فَرَسِ الْعَجْمِ وَالْهَجْمِينَ هُوَ مَا يَكُونُ أَبُوهُ مِنَ الْكَوَادِنِ وَأُمُّهُ مَرْبِيَّةٌ وَالْكَرَادِنُ الْبَرَزُونُ وَيَشْبَهُ بِهِ الْبَلِيدُ وَالْمَقْرَافُ عَكْسُ الْهَجْمِينَ وَإِنَّمَا تَصْدَقُ بِذِكْرِ التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْبَرَزُونِ وَالْعَتَاقِ لِأَنَّ أَهْلَ الشَّامِ يَقُولُونَ لَا يَسْهَمُ لِلْبِرَازِينَ وَرَوَاهُ فِيهِ حَدِيثًا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شَازَارَ حِجْتَنَا مَا ذَكَرَ

(كتاب السير * باب المواقعة ومن يجوز امانه * فصل في كيفية القسمة)

في الكتاب وهو واضح وقوله ابن عطف بفتح العين وكسر هاء معني الفتح الامالة ومعني الكسر الجانب **قوله** ومن دخل دار الحرب فارسا هذا البيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا قوله وهكذا اي كقول الشافعي رحمه الله روى ابن المبارك عن ابن حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذاك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجزين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام وهذه حال انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكان المصنف رحمه الله اشار بقوله حال انقضاء الحرب على احدي الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشارة الى حال شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة رد ملذ هبنا وقوله كاخروج من البيت يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا فكذلك في هذه الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما سذكره في تعالينا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسروبا انه ان الاحكام قد نعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المرأة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره لكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا بمجاوزة الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو وخوف وبمجاوزة الدرب فهدا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان

نكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسلهم بتغير حكمه بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك
 حالقد وام القتال ولاه معتبر بها لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه
 ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بدله من ان ينزل في بعض المصايق خصوصا في المشجرة
 او في الحصن او في البحر وقوله ولان الوقوف على حقيقة القتل واضح على ما ذكره
 وقوله وتوهم عجزه يعني يحتمل ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى
 الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم وقوله لانها عاجزة عن
 حقيقة القتال ظاهر واعتراض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح امانه لانه انما يصح
 ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف على
 القدرة على حقيقة القتال بل يثبت لشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست
 بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها واما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة
 على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد فلا يبلغ بسهمه سهم
 المجاهدين والاول ليس من عمله اي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا
 كسائر الاعمال فيبلغ اجرة بالغاما بلغ **قوله** واما الخمس فيقسم على ثلثة اخماس ما مر
 كان احكام اربعة الاخماس واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم
 للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم اي في الاصناف الثلاثة
 ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوى القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم
 ومساكين ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون
 في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير ان سببه مختلف
 في نفسه من اليتيم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارفون لاستحقاقهم حتى انه
 لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم
 وقال الشافعي رحمه الله لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر

(كتاب السير * باب الموادة ومن يجوز امانه * فصل في كيفية القسمة)

مثل حظ الانبياء ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس
وبني نوفل لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير فيشتركان
ولما ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلثة اسهم على نحو ما قلنا
وكفى بهم قدوة ولم يخالفهم احد فكان اجماعا وقوله وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم
دليل على انه لم يصرف الى اغنيا ثهم شيء لانه قال يا بني هاشم ان الله تعالى كره
لكم غساله ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما
يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض وهو الزكوة
لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب ان يكون عوض الزكوة وهو خمس الغنائم
لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا
لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا او لا فان كان الاول
وجب ان يقسم الخمس على خمسة اسهم وانتم تقسمونه على ثلثة اسهم وهو مخالفة
منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به اجيب بان لهذا
الحديث دالتين احدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على
ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس
على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير
العوض ممن فات عنه المعوض فتلقا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلوة على الجنازة
بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين
صلوة وهو لا يقول بالصلوة على الشهيد ولكن يقول للحديث دالتان فاحدتهما باقية
وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا لجمع مقدماته لما عطاهم النبي
صلى الله عليه وسلم وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم اعطى بني هاشم وبني المطلب
اجاب بقوله والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا ترى انه صلى الله عليه وسلم عا

علل فقال انهم لم يزلوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشك بين اصابعه وقصته
 ماروي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه
 وسلم سهم ذوى القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد
 شمس فانطلقت انا وثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقلنا يا رسول الله هو لاء بنو هاشم لانك رفضهم للوضع الذي وضعك الله به فيهم
 فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركنا وقرايتنا واحدة فقال صلى الله عليه وسلم
 انا وبني المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشك بين
 اصابعه و اشار الى نصرتهم واذا كان كذاك دل على ان المراد بالنص اعني قوله تعالى
 وَلِذِي الْقُرْبَىٰ قَرْبَ النَّصْرِ لاقرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب
 لانصرة القتال يشير اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا
 يصرف للنساء والذاري واذا ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة
 وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته **قوله** فاما ذكر الله
 تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوى القربى بين وجه سقوط
 ما سوى الثلاثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى
 فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ فانه لا افتتاح للكلام تبركا بذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط
 بموته كما سقط الصفي بالاجماع لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته لان
 الحكم مرتب على المشتق فيكون المشتق منه علة ولا رسول بعده والصفي شيء
 كان يصطفه لنفسه صلى الله عليه وسلم من الغنيمة مثل درع اوسيف او جارية اصفى
 ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفيه من غنائم خيبر وقال الشافعي رحمه الله يصرف
 سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحقبة عليه ما قدمناه انه كان يستحقه
 برسالته وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة

(كتاب السير * باب الموادعة ومن يجوز امانه * فصل في كيفية القسمة)

لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوى القربى
 وقع مكررا حكما وتعليلانا نقول ما ذكره اولا كان في حيز الاستدلال على القسمة
 على ثلثة اسهم وهذا نقل للكلام صاحب القدورى قال اى القدورى وبعده اى بعد
 زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف رحمه الله وهذا اى استحقاقهم بالفقر
 قول الكرخى وقال الطحاوى رحمه الله وسهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع
 يعني قوله ولما ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله تعالى عنهم قسموه على ثلثة ولا يظن
 بهم انه خفي عليهم النص ومنعوا حق ذوى القربى فكان اجماعهم دال على انه
 لم يبق استحقاق لا غنيا منهم وفقراءهم ومنع الشافعي رحمه الله الاجماع وسنده ماروي
 عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله تعالى عنهم قال كان رأي علي رضي الله تعالى عنه
 في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وصه رضي الله تعالى عنهما والاجماع
 بدون اهل البيت لا ينعقد ولنا لا يحل للمجهدان يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر
 احتشاما له فان ثبت ماروى دل انه كره للمخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في
 كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اى في سهم ذوى القربى
 معنى الصدقة لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير ان لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه
 بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات من اصحابنا رحمهم الله فلما كان فيه معنى الصدقة
 حرم ذوى القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على
 عمله وقد مر في الزكوة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا رحمهم الله فهو تمام وان
 كان بالنسبة الى الشافعي رحمه الله فليس بذاك لان كونه المصروف فقير ليس الا
 في حيز النزاع عنده فانه يسوي بين الغني والفقير وجه الاول يعني قول الكرخى وقيل
 هو الاصح ماروي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع ان يعقد على
 سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون

خلون في الاصناف الثلاثة كما تقدم في اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب الميسوط اختار قول ابي بكر الرازي رحمه الله ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله عليه الصلوة والسلام وهو مختار القدوري كما اشار اليه بقوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد والاثنان ظاهر وقوله والمشهور انه يخمس ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لامتياز الدين فصار كمناجر لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ الْخُمُسُ مَطْلُقٌ فيجب الخمس سواء وجد الاذن او لم يوجد اجيب بان الغنيمة اسم لما هو مأخوذ قهراً او غلبة لما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان اخلاصاً فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخلت جماعة لها منعة المنعة الاسرية نقل الناطقي من كتاب الخراج لابن الشجاع كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذه حتى يصير واتسعة فاذا بلغوا ذلك فغنم سرية وقوله اذا لوخذلهم اي ترك عونهم كان فيه وهن للمسلمين اي ضعفهم *

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من التصرف في الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نقل الامام الغازي اي اعطاه زائد اعلى سهمه بقوله من قتل قتيلاً فله سلبه قوله ولا بأس بان ينقل الامام يدل على ان قول من قال كلمة لا بأس يستعمل فيما يكون تركه اولى ليس بعجري على عمومته فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتعريض مندوب اليه بقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ جَاهِدِ الْكُفْرَ وَالْمُنَافِقَ وَاغْلِبْهُمُ غَلِبًا فان قيل الامر المطلق للوجوب

(كتاب السير * باب الموادعة ومن يجوز أمانه * فصل في التنفيل)

فما صارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل قتيلًا تسمية شيء باسم ما يؤل اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة لان النبي صلى الله عليه وسلم نقل ابن مسعود رضي الله تعالى عنه يوم بدر يسئف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان ينقل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نقلًا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي اوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس وفيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز واجيب بان جواز اعتبار ان المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثم ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على احدا الاصناف لما تقدم انهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله وقال الشافعي رحمه الله ظاهر وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون بنصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحين الحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحصل على الثاني يعني على التنفيل لما روينا من حديث حبيب بن ابي سلمة دفعا للتعارض وقوله وزيادة العناء جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر عناء وقوله كما ذكرنا اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة ومن قوله لان الكروا الفر

والفر من جنس واحد في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب
 الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز
 بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم تثبت الاستيلاء لم يثبت الملك
 وقوله لان التغيل يثبت به الملك عنده دليله ان الممدد لا يشاركه فيها كما يثبت بالقسمة
 في دار الحرب وهوليس بمتفق عليه لان من اصحابنا رحمهم الله من يقول قسمة الامام
 لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف
 لعدم شهرته وقوله وجوب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله قد قيل على هذا الاختلاف
 خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالوا وفيكون معطوفا على قوله الملك اي يثبت الملك
 وجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى
 وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وبيان ذلك
 ان محمد ارحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نقله الامام يضمن لان الحق
 متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك
 فينبغي ان يحل الوطى على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على
 الاختلاف عند محمد ارحمه الله يضمن وعندهما لا يضمن *

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار اعقبه بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة
 فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة ان يفتح
 بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل
 منسوب الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله حل
 ساما نجدة من ذلك اي مما اخذه الترك من اهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك

كسائر اموالهم وقوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اي في دار الاسلام وانتهاء اي
 في دار الحرب بعد الاحراز وقوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه
 لا ينهض سببا للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا
 باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة والدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق
 ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود الاستيلاء على مال مباح ينعقد سببا للملك
 دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وقوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد
 على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال لكل من ثبت له من المسلم والكافر انما ثبتت
 على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا يَنْتَظِرُ ان لا يكون
 مال معصوما للشخص ما وانما ثبت لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة
 بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اي لان
 الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا الكفار ماداموا في دار الاسلام
 اقتدروا على المحل حالا وانما يقتدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ماداموا في دارنا فهم
 مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم
 ان الاستيلاء محظور وتقديره سلمناه انه محظور لكنه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا
 والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلوة في الارض المغصوبة فانها تصلح
 سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للملك في الدنيا والى
 فان قيل لو ثبت للملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد
 للمالك القديم من الغازي الذي وقع في نفسه او من الذي اشتراه من اهل الحرب بدون
 رضاء الغازي اجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك
 للمالك القديم الا برى ان الواهب الرجوع في الهبة والا عادة الى قديم ملكه بدون
 رضاء الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع بأخذ الدار من المشتري بحق

بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع ثبوت الملك له وقوله فان ظهر عليها المسلمون واضح وقوله لانه يثبت له ملك خاص فلا يزول الا بالقيمة قيل عليه بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما عين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقيين واجيب بان الملك ههنا ايضا ثبت بالعوض معنى لما ان المكافات مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله ولو كان مغنوما يعني لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اي مأخوذا بالتقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير يأخذه قبل القسمة ولا يأخذهما بعد هالان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا ان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان مشتريا بمثله قدرا او وصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه منهم مسلم بمثله قدرا او وصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكنه اردى منه وصفا فان له ان يأخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما قدى ليستخلص ملكه وبعيدة الى قديم ملكه لانه اشتراه ابتداء **قوله** فان اسروا عبدا اذا اخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو وما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الارش حاصلا في ملكه وليس فيه الا عادة الى قديم ملكه حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا الواخذ فاما يأخذه بمثله لان الارش درهم اودنانير وهولا يفيد وقوله لان الملك فيه صحيح احترازا عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما يقابلها شيء من الثمن اذا

لم يصبر بالتناول متصود الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقت عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه
 مربحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا
 اموت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المراجعة للشبهة لانه صار كأنه اشترى شيئين بالف
 ثم باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مربحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة
 في باب المراجعة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف
 الشفعة فان الاوصاف يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو استهلك المشتري من الدار
 شيئا سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة المشتري
 شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري
 شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينها ضمن نصف
 قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا ايضا بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور
 وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث
 وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار ولا ثم البيع
 ان رغب عنه الجار فاذ لم يفعل ذلك صار ذلك مكرها وصار كتمكين الفساد في العقد
 ولا كذلك بيع الكافر من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة
 ايضا اذا كان هلاك بعض المشتري بأفة سماوية لا يتقابل الاوصاف شيء من الثمن
 فلم يكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فاقا
 عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار
 في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على
 قوله وللمشتري الاول ان يأخذه من الثمن والثاني بالثمن بان لو ابتحق الاخذ للذي اشتراه
 من العدو ولا تضرر المالك لانه حينئذ يأخذ بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه
 من العدو ولاولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم

القديم بلحقته الضرر ولكن بعوض يقابلهُ وهو العبد فكان ما قلناه اولي وقوله وكذا من سواه اي
 من سوى الحر وقوله بخلاف رقابهم اي رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم
 وقوله ولا جناية من هو لاء اي مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا و احرارنا
 فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذالم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة ايضا
 حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم
 قبل القسمة وبعد ها بغير شيء **قوله** واذابق عبد المسلم قالوا قيد المسلم اتفاقي لان
 عبد الذمي كذلك فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالوا
 يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط اعتبارها اي اعتبار يد العبد
 لتحقق يد المولى عليه تدكياله من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على
 نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلقه لان يد المولى
 عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لامحالة فيصير في يد
 نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فيمتنع التملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل
 لا نسلم انها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب
 في ايديهم اجيب بان بين الدارين حد الا يكون في يد احد وعند ذلك تظهر يد العبد
 على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تدفع بيد الدار اليه اشارة
 الاسلام وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما ذكرنا
 عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وحين دخول العبد في دار الحرب
 يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعنق وليس
 كذلك اجيب بمنع الملازمة لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه
 لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى و جاز ان توجد اليد بلاملك كما
 في المغصوب والمشتري قبل القبض فان المالك المولى واليد لغيره وقوله بخلاف المتروك

يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكم القيام يداهل الدار فمفع ظهور يده
ولهذا الوروهه لابنه الصغير كان قابضه فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له فان استولى
عليه المشركون ملكوه واذالم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رحمه الله يأخذ المالك
القديم بغير شيء اذا كان موهوبا او مشترى اما اذا كان موهوبا فهو ظاهر لانه اخذه بغير عوض
فلا يتضرر بالاخذ منه واما المشتري فلان المشتري قدى ملكه بغير امره فكان متبرعا حتى
لو امره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة
واما اذا كان بعدها فيؤدى عوضه من بيت المال لان نصيبه قد استحق فله ان يرجع
على شركائه في الغنمة وتدعذر ذلك لثقتهم وتعدرا جنتاءهم فيعوض من بيت المال
لان هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له ابي للغازي
او المتأجر جعل الآبق لانه عامل نفسه اذ في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الآخذ
على قصد الرد الى المالك وقوله وان ند اليهم بغير ظاهر وكذلك قوله فان ابق عبد اليهم وذهب
معه بفرس ومثله اعترض بان على قول ابي حنيفة رحمه الله ينبغي ان يأخذ المالك المناع
ايضا بغير شيء لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال ايضا لا تتطاع يد المولى
من المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم واجيب بان يد
العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها
ظاهرة في حق تفسد ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربى دارا بامان واشترى عبدا
مسلم او ذميا واسلم ممن كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالدمي
يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي
اسلم والحربي ليس كذلك اجيب بان الامان ينافي ابقائهم في ملكه لان فيه استدلالا
للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان بالا مان ملتزما ترك اذلال المسلمين
فيلزمه ووجهها ظاهر ووجه ابي حنيفة رحمه الله ان تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب

واجب معناه ان تخلص المسلم من ذل الكافر واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم مادام في دار الاسلام لمقتضى الامان فاذا ادخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فان لم يكن له ولاية يقيم شرطاً وال عصمة المال وهوتاين الدارين مقام علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذ لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البير على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط مقام العلة يستلزم جعل المثبت لشيء مزبلاً وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالا حراز بدارهم ملكوه فكان تباین الدارين علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزبلاً وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة وهي ان البقاء اسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء المالك دون بقاءه فالجواب ان تباین الدارين مثبت للملك ان لم يكن ثابتاً والمالك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباین فجعل مزبلاً في محل خاص تخلصاً للمسلم من ذل الكافر على انما جعلناه مزبلاً وانما جعلناه قائماً مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد مزبلاً غير مزيل وهو الممتنع وبقاء شيء اسهل من الابتداء اذا لم يعترا البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في ذل الكافر صعب يزيل سهولته وقواه كما يقام مضى ثلث حيز تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انتضاء ثلث حيز شرط البيئونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البيئونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفرقه بعد الاباء بعجز القاضي من حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين بدار الحرب وقوله واذا اسلم عبد الحرابي ظاهر وقوله لماروي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبدا وسبعة منها فلما فُتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله وقوله ولائاً احرز متصل بقوله ثم خرج اليها وقوله وبالاستحاق متصل بقوله اذا ظهر على الدار

وقيد بقوله مراغما أي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع وثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصارك مال الحربي الذي دخل به مستأنا الى دارنا *

باب المستأمن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستيमान لان طلب الايمان انما يكون حيث فيه قهر وغلبة وقد استيمان المسلم تعظيما له وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام دليله قوله صلى الله عليه وسلم لا صحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تم كنوا من قتل قوم من اهل الحرب غلبة واخذوا اموالهم وفعلوا ذلك واخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوهم طوعا لانه لم يستأمن من صريحا حتى يكون غادرا بأخذ اموالهم **قوله** ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البائع ووطئها للبائع كان مكروها فكذا للمشتري وقوله وهذا اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الايمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على ما بيناه يعني في اوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرهه تفوق الملك الى آخره واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي اي باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتاع بالدين وقوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اي لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستأمن وهو ظاهر فان لم يقض على الحربي لم يقض على المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه اي سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستأنا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب في حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يقضى

يقتضى برد المغصوب على المالك ولا يقتضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم
وفي اخذ اموالهم على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب الكافر
فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب
المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد والاثنان وغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيئا
فانهم يملكونه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الى آخره
وقوله ولو خرجا مسلمين ظاهر وقوله فغصب حربيا اي غصب شيئا من حربي وليس
هذا بمنحصر في خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنين فالحكم
كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني في العمد والخطأ هكذا ذكر من غير خلاف
في عامة النسخ وذكر الامام فاضل خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما
ليس من اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولا يبي حنيفة رحمه الله
ان تكثير سوادهم من كل وجه بتوطئه فيهم كان يسقط العصمة فكثيرة من وجه يورث
الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلا تلاق الكتاب يعني قوله تعالى فَتَحْرِيرُ
رَقَبَةٍ مُّؤْمَنَةٍ واما الدية فلان العصمة الثابتة بالا حراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض
الدخول بالامان لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام فقد يراحتني
ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الحرب حتى لا يقتل
الذمي به فكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح
وقوله على ما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالا حراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد وقوله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان بالاسر
صار تبعالهم يعني اهل الحرب اصول والاصول غير معصومين فكذلك الانبياء وقوله ولهذا
توضيح للتبعية وقوله فيبطل به الا حرازا صلاحي يبطل بالاسر العصمة المقومة بالكلية وصار

كالمسلم الذي لم يهاجر اليها بجامع تبعية اهل الدار بالتوطن فلم تجب الديّة لانها مبنيّة على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام *

فصل

فصل هذه المسائل مما قبلها لا اختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير عالى الامير والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتارة الانسان من ماريمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام يقال تقدم اليه الامير بكذا وفي كذا اذا امره به وقوله وللامام ان يوقت في ذلك مادون السنة يعني ان تدبر الحول ليس بلام بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في دارنا يصير ذميا قال الامام ناضيجان فاذا مضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزه المدة المضروبة فيعتبر الحول بعدما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوزت السنة يا خدمته الخراج فحينئذ يا خدمته وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما للجزية وقوله فاذا اوضع عليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو ازمه عشر في نيباس قول محمد رحمه الله بان اشترى ارضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فتعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير فاذا رضع عليه الخراج فهو ذمي نصريح من محمد رحمه الله بشرط الوضع اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج الزام خراج ارض بمباشرة سببه وهو الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن منها ودلت المسئلة

المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشائخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء
لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما من
احكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف رحمه الله من قوله
لانه قد يشترى بها للتجارة وقوله فيتخرج عليه اي على ان الوضع شرط احكام جبة
فلا تغفل عنه اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان
التصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمرة وخنزيرة ووجوب الدية
بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا لذلك
يجب ان لا يغفل عن شرط الوضع وقوله واذا دخلت حرية بامان ظاهر وكذلك
عكسه وكذلك قوله ولو ان حربا دخل دارنا بامان خلا ان قوله لان يد المودع كيدة منقوض
بما اذا اسلم الحربى في دار الاسلام وله ودعة فندم مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار
فانها يكون فيثانلم تكن يد المودع كيدا لمودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا اتفقا
عصمة وقت الايداع وفي صورة التفض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة
قوله وما وجف المسلمون عليه يقال وجف الفرس البعير عدا وجيفا واجنه صاحبه اجمافا
وقوله وما وجف المسلمون عليه اي اعملوا خيلهم وركابهم والجلء بالفتح والمد الخروج
من الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم من اوطانهم واجلاهم فجلوا اي اخرجهم
فخرجوا كلاهما بتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضى
اي هو مثل الاراضى التي اجلوا اهلها ومثل الجزية وقوله وقال الشافعي رحمه الله فيهما
اي في الاراضى التي اجلوا اهلها عنها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها اي في الاراضى
والجزية والخراج وقوله ولانه اي ولان ما وجف المسلمون عليه من المال وقوله من غير
قتال يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه
اي الغنيمة بتاويل المغنوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق

(كتاب السير * باب المستأمن * فصل)

الخمس بمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون الباقي بمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال
وفي هذا اي فيما اوجب المسلمون عليه السبب واحد وهو ما ذكرناه يعني قوله انه
مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لاجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اي في
باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فهي لانها كافرة حربية الى آخره وقوله واما
اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان من مال اودعه مسلماً او ذمياً انما قيد بالابداع لانه
اذا كان غصباً في ايديهما يكون فيثماً لعدم النيابة وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله حريون
كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عدداً او خطأ وله ورثة
مسلمون هناك فلا شيء الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية
في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه
مستجباً للكرامة وتحقيقه ان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله اثر في استحقاق
الكرامات وهو الاسلام ان به يحصل السعادة الابدية لالادار النبي هي جماد لا اثر لها
في استحقاق الكرامة ومن اراق دماً معصوماً ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان
عمداً ففيه القصاص كما لو فعل ذاك في دار الاسلام وهذا اي وجوب الدية في الخطأ
والقصاص في العمد انما كان مبنياً على وجوب العاصم الذي هو الاسلام لان العصمة
اصلها المؤتمنة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظراً الى الجبلنة
السليمة عن الميل عن الاعتدال وهي ثابتة فيما نحن فيه اجماعاً فانه لا قائل بعدم الاثم
على من قتل مسلماً في اي موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة
لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اكمل واتم في المنع من الذي وجب فيه الاثم
دون المال فكانت العصمة المقومة وصفاً زائداً على العصمة التي هي المؤتمنة فيتعلق
بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤتمنة والعصمة المؤتمنة تعلقت بالاسلام فالعصمة
المقومة كذلك فيجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي اسلم في دار الحرب ولم

ولم يهاجر إلينا ولنأفوله تعالى فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُُمْ مَوْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ
 وكان أبو حنيفة رحمه الله بأول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا
 وهو المنقول من بعض أئمة التفسير أيضا ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى ميز بين
 المؤمن الذي في دار السلام وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق
 الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الأول الدية والكفارة بقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ
مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه
 ذكر بحرف الغاء فإنه الجزء والجزء اسم لما يكون كافيا وإذا كان كائنا كان كل الموجب ضرورة
 والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لأن قصد الشارع
 في مثله إخراج العبد عن مهدة الحكم المتعلقة بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا ببيان
 كل الحكم بلا إخلال فلو كان غيره من تنمة هذا الحكم لذكر في موضع البيان وقوله
 ولأن العصمة المؤتممة بالآدمية دليل معقول على عدم العصمة المقومة للموجبة للدية
 في دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة
 المؤتممة حتى تكون تابعة لها وبيان ذلك أن العصمة المؤتممة بالآدمية لأن آدمي
 خلق متحملا لآباء التكليف أي بآبائنها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام به فالآدمي
 وجب عليه القيام بآباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض أي إنما يتحقق له القيام
 بها إذا كان حرام التعرض فالآدمي وجب أن يكون حرام التعرض مطلقا إلا أن
 الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعرض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد إلى الأصل
 والأموال تابعة لها أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤتممة لها لأنها خلقت في الأصل
 مباحة وإنما صارت معصومة لتمكن آدمي من الانتفاع بها في حاجته فكانت تابعة
 للآدمية أما العصمة المقومة فلا أصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفأنت لأن
 المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الإيفاء والدوام بالمثل والقيمة وذلك أي جبر الفأنت

(كتاب السير * باب المستأمن * فصل)

في الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى او معنى فقط ولا مماثلة
بين النفوس وما يجبره لاصورة ولا معنى على ما عرف في الاصول فكانت النفوس تابعة
للاموال في العصمة ومن هذا علم ان العصمة المؤتمنة اصل مستقل في شيء والعصمة
المقومة اصل مستقل في شيء آخر وليس احد هما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه
ثم العصمة المقومة في الاموال بالا حراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة في الاموال
بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض بذكرها واذا كانت المقومة في الاموال بالمنعة
فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب الا ان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الا حراز واذا لم يوجد
الا حراز لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا في
فاية التحقيق خلا انه يوفهم ان لا يملكوا اموالنا بالا حراز الى دارهم كما قال به الشافعي
رحمه الله ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم واما
اذ وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا باليد المحافظة والناقلة فقد استولوا على
مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله والمرئد والمستأمن جواب عما يقال
انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما
وكون المستأمن من اهل دارهم حكما لقصد الانتقال ظاهر واما المرئد فكذلك
لانه يقصد هربا من القتل وقوله ومن قتل مسلما خطأ النخ واضح واعتراض على قوله
وهو العامة او السلطان بان التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما في المكاتب
اذا قتل من وفاء وله وارث اجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصارك ان الولي
باب واحد بخلاف مسئلة المكاتب *

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذمياً شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر
استطرد الآن سبب كل منهما هو الأرض النامية وقدمه على الخراج لكونه من
الوظائف الإسلامية والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج
من غلة الأرض أو الغلام ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجاً فيقال أدى فلان خراج
أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتيمم والحجر
بفتحين بمعنى الصخر لانه وقع في أمالي أبي يوسف رحمه الله الصخر موضع الحجر
ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة
بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب إليها الأبل المهرية سمي ذلك المقام به
فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج
أسماء مواضع إلى مشارق الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق
أي قراها وأما سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضاً من العذيب إلى عقبة
حلمان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية إلى عبادان وهو حصن صغير
على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلت بفتح العين وسكون اللام وهي قرية موقوفة
على العلوية وهو أول العراق شرقي دجانه وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل
يعني في أول باب الغنائم وقوله والخراج البق به يعني من حيث أن فيه معنى العقوبة
وأن فيه تغليظاً لوجوبه وأن لم يزرع والكافر البق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في أرض
مكة أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة أي قهر الكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف
عليها الخراج وكما لارق على العرب فكذلك الخراج في أراضيهم وقوله وفي الجامع الصغير
إلى قوله فهي أرض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين وأقراها عليها وذكر لفظ الجامع

(كتاب السير * باب العشر والخراج)

الصغير لهذه الفائدة وقوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها قبل هذا الاطلاق مجمول على المتيد وهو ما اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر واذا كان هذا متيدا بكونه مسلما وجب ان يقيد قولهم المسلم لا يستند بوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنع يقتضي ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يستقى بماء حمته للمقاتلة والماء الذي حمته للمقاتلة ماء الخراج فلذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار شمس الائمة رحمه الله وقوله وبالبصرة عدة عشرة جواب اشكال يرد على مذهب ابي يوسف رحمه الله فيما ذكر ان الاخياء في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية وبالبصرة في حيز الارض الخراجية وان احيى فيها مسلم يجب عليه العشر وجهه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وقوله لان حيز الشيء يعطى له حكمه دليل ابي يوسف رحمه الله على مذهبه وقوله كنفاء الدار يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بما له فكذلك ههنا تعطى هذه الارض المحيطة حكم جوارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض الباقية ونماؤها بما فيها **قوله** والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض في كل جريب وهوارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراعا الملك كسرى وهويزد على ذراعا العامة بقبضة قفيزها شمي وهو الصاع من حنطة وشعير على ما قال الامام فاضل خان رحمه الله في فتاواه او ما يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله ودراهم **قوله** فالكرم اخفها يعني واكثر ربعا لانه يبقى

يمتقي على الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام
والرطاب بينهما لانها تبقى اعواما ولا تدوم دوام الكرم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكرم
ودون مؤنة المزارع وخراج مناسمة وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس
والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف ممر رضي الله عنه فيعتبر فيه الطاقه كما اعتبرها
في الموظف ومن الانصاف ان لا يزداد على النصف قوله والبستان كل ارض يحوطها
حائط ظاهر وان غلب على ارض الخراج الماء وانقطع عنها فلا خراج عليه لانه فات
التمكين من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع
آفة ابي استأصله حرش ديدا وبرد شد ديدا ونحو ذلك فلا خراج عليه ايضا لانه فات النماء
التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض الحول وكونه ناميا في جميع
الحول شرط كما في مال الزكوة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة اشهر ثم
نواها للخدمة سقطت الزكوة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال يدار الحكم على
الحقيقة عند خروج الخراج يعني ان النماء التقديري كان نائما مقام الحقيقي فلما وجد
الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيه هلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر
ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يستقط الاجر فما الفرق بينه وبين الخراج اجيب
بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع
على مقدار الخراج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جاز اسقاطه والاجر
لم يوضع على مقدار الخراج فجاز ايجابه وان لم يخرج ثم قال مشائخنا ما ذكر في الكتاب
ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن
ان تزرع الارض نائما ما اذا بقي فلا يسقط الخراج **قوله** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج
اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكين كان ثابتا وهو الذي فوته
قبل هذا اذا كانت الارض سالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها ما اذا

(كتاب السير * باب العشر والخراج)

عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة
 يأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك
 من الاجرة وان شاء زرعها بنفقته من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها
 واخذ الخراج من ثمنها وهذا بخلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر ولكنه الحاق ضرر
 بواحد للعامة وقوله قالوا يعنى المشائخ رحمهم الله من انتقل الى اخس الامرين من
 غير عذر بان كانت الارض صالحة لزراعة الاعلى وهو الزعفران مثلاً فزرع الشعير
 وجب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتنى به كيلا يجترى الظلمة
 على اخذ اموال الناس ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه لكونه
 واجبا واجيب باننا لو اقمنا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شأنها ذلك انها قبل هذا
 كانت تزرع الزعفران فبأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل
 الخراج ظاهر وقوله من غير كراهة احتراز عما تقوله المتكشفة انه مكروه لان النبي صلى الله
 عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحرث فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا غنوا ان المراد
 بالذل التزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا
 اذئاب البقر وقعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولان الصغار وان كان
 قائما يكون في الوضع ابتداء وما بقاء فلا بخلاف خراج الرأس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك
 لا يبنى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين مختلفين يعنى ولمصر فبن مختلفين
 اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف
 السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقدير او سبب العشر الارض النامية تحقيرا واما اختلاف
 المصروف فان مصروف الخراج المقابلة ومصروف العشر الفقراء فلا يتباين لان التباين انما يتحقق
 باتحاد المحل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه
 ابو حنيفة رحمه الله عن جراد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله

وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان وقوله ولهذا ايضا فان الى الارض يقال عشا الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اى العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض مشرا وخراج للتجارة لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا وعند محمد رحمه الله عليه زكوة التجارة مع العشر والخراج وهو قول الشافعي رحمه الله ومفرغهما توهم اختلاف المحلين فان محل العشر الخارج ومحل الزكوة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمع في محل واحد فوجب احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض وكذلك الزكوة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حق الله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان هما لله كما لا تجب زكوة السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يستطآن باسقاط المالك وهي اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنية فلها بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حق الله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله فلا تنا في بينهما فيجب ان كان بسبب ملك واحد والباقي * ظاهر والله اعلم بالصواب *

باب الجزية

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القرية وبيان القرابات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحمية واللحمي وانما سميت بها لانها تجزي من الذمي اى تنضي وتكفي من القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى

(كتاب السير * باب الجزية)

تعالى قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ إِلَى قَوْلِهِ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ
فَإِنْ قِيلَ الْكُفْرُ مَعْصِيَةٌ وَهُوَ أَكْثَرُ فَكَيْفَ يَصِحُّ اخْتِاخُذُ الْبَدَلِ عَلَى تَقْرِيرِهِ أَجِيبُ بَأَنَّ
الْجِزْيَةَ لَمْ تَكُنْ بَدَلًا عَنْ تَقْرِيرِ الْكُفْرِ وَأَنَّمَا هُوَ عَوَضٌ عَنْ تَرْكِ الْقَتْلِ وَالْإِسْتِرْفَاقِ الْوَاجِبِينَ
فَجَازَ كَأَسْقَاطِ الْقَصَاصِ بِعَوَضٍ أَوْ هِيَ عَقُوبَةٌ عَلَى الْكُفْرِ فَيَجُوزُ كَالْإِسْتِرْفَاقِ وَقَوْلُهُ وَهِيَ
عَلَى ضَرَبَيْنِ ظَاهِرٌ وَنَجْرَانِ بِلَادٍ وَأَهْلُهَا نَصَارَى وَالْحَلَّةُ أَزَارُ وَرَدَاءُ هُوَ الْمَخْتَارُ وَلَا تَسْمَى
حَلَّةٌ حَتَّى تَكُونَ ثَوْبَيْنِ وَقَوْلُهُ وَلَا إِنْ الْمَوْجِبُ هُوَ التَّرَاضِي أَيْ الْمَوْجِبُ لِنَقْدِ يَوْمَ وَقَعَ
عَلَيْهِ الْإِتْفَاقُ مِنَ الْمَالِ هُوَ التَّرَاضِي لَا الْمَوْجِبُ لَوْجُوبِ الْجِزْيَةِ فَإِنْ مَوْجِبُهُ فِي الْأَصْلِ
اخْتِيَارُهُمُ الْبَقَاءَ عَلَى الْكُفْرِ بَعْدَ أَنْ غَالَبُوا وَقَوْلُهُ فَيَضَعُ عَلَى الْغَنِيِّ الظَّاهِرُ الْغَنَى قَالَ الْإِمَامُ
فَخَرَّ الْأَسْلَامُ مِنْ مَلِكٍ مَادُونِ الْمَأْتِنِ أَوْ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا لَكِنَّهُ مَعْتَمِلٌ فَعَلَيْهِ اثْنَا عَشَرَ وَمِنْ
مَلِكٍ مَأْتِي دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا إِلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دَرَاهِمَ وَهُوَ مَعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ
دَرَاهِمًا وَمِنْ مَلِكٍ عَشْرَةُ آلَافٍ دَرَاهِمَ فَصَاعِدًا إِلَى مَالٍ نَهَائِيَةٍ لَهُ وَهُوَ مَعْتَمِلٌ أَيْضًا فَعَلَيْهِ
ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ ثُمَّ قَالَ وَأَمَّا شَرْطُ الْمَعْتَمِلِ لِأَنَّ الْجِزْيَةَ عَقُوبَةٌ فَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى مَنْ كَانَ
مِنْ أَهْلِ الثَّمَالِ حَتَّى لَا يَلْزِمَ الزَّمَنُ مِنْهُمْ جِزْيَةٌ وَأَنْ كَانَ مَفْرُطًا فِي الْيَسَارِ **قَوْلُهُ وَالْمَعْتَمِلُ**
هُوَ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ وَإِنْ لَمْ يُحَسِّنْ حِرْفَةً وَكَانَ الْغَنِيُّ أَبُو جَعْفَرٍ يَقُولُ يَنْظُرُ إِلَى عَادَةِ
كُلِّ بَدَلٍ لَانَّ عَادَةَ الْبُلْدَانِ مُخْتَلِفَةٌ فِي الْغَنَى الْإِبْرَى إِنْ صَاحِبُ خَمْسِينَ الْغَابِلُ يَحْدُثُ مِنْ
الْمَكْتَرِينَ وَإِذَا كَانَ بِبَغْدَادَ وَبِالْبَصْرَةِ لَا يَبْعُدُ مِنَ الْمَكْتَرِينَ وَفِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ صَاحِبُ
عَشْرَةِ آلَافٍ يَبْعُدُ مِنَ الْمَكْتَرِينَ فَيَعْتَبَرُ عَادَةُ كُلِّ بَلَدٍ وَذَكَرَ هَذَا الثَّمَالُ عَنْ أَبِي حَفْصٍ مُحَمَّدِ
بْنِ سَلَامٍ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِنْ كُلِّ حَالٍ وَحَالَةٍ مَعْنَاهُ بَالِغٌ وَبِالْغَةِ أَوْ عَدْلُهُ
مَعَا فَرَأَى اخْتُذَ مِثْلَ دِينَارٍ بَرْدًا مِنْ هَذَا الْجِنْسِ يُقَالُ ثَوْبٌ مَعَا فَرَأَى مِثْلَهُ إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ
مَعَا فَرَأَى مَرَّ ثُمَّ صَارَ لَهُ اسْمًا بِغَيْرِ نِسْبَةٍ وَذَكَرَ فِي الْفَوَائِدِ الظَّاهِرِيَّةِ مَعَا فَرَأَى مِنْ هَذَا
يَنْسَبُ إِلَيْهِ هَذَا النَّوْعُ مِنَ الثِّيَابِ وَعَدْلُ الشَّيْءِ بِفَتْحِ الْعَيْنِ مِثْلُهُ إِذَا كَانَ مِنْ خِلَافِ

من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه ولا نها وجبت نصرة للمقاتلة وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متغافا كما في خراج الارض وقوله وهذا الاشارة الى قوله ولا نها وجبت نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل اذ لكم على تجارة تخرجكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرته لميله الى دار الحرب اعتقاد اقام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم بتفاوت اذ الفقير ينصر دارا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وراكب غيره ثم الاصل لما كان متغافا وتفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة اجيب بان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بدنزلة ما لو عاروا دوابهم للمسلمين ومارواه محمول على انه كان صلحا والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب وتوضع الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس روى البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجرو هجر اسم بلد في البحرين وعبد الاوثان من العجم وهو بالجر عطف على اهل الكتاب وفيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا يوضع عليهم الجزية على ما ذكر

(كتاب السير * باب الجزية)

في الكتاب وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وكلامه ظاهر ولئانه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود اليها جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال ان نفقته في كسبه فكان اداء كسبه الذي هو سبب حيونه الى المسلمين دارة راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لوجاز ضرب الجزية عليه ليجاز ضربها على النساء والصبيان واللازم باطل واجيب بان ذلك لمعنى آخر وهوان الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب ان قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله وان ظهر عليهم اي على اهل الكتاب والمجوس وعبد الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية عليهم ونسأروهم وصبيانهم في اي غنينة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا يوضع على عبد الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة في العقوبة عليه ولنا ثل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبي صلى الله عليه وسلم معرفة تامة مميزة مشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعنه من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل بينهم وبين عبد الاوثان من العرب لجواز استرقاقهم دون عبد الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم اوطاس لوجري رق على مر بني لجري اليوم من غير فصل بين عبد الاوثان واهل الكتاب والجواب عن الاول ان القياس كان يقتضي ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى فَاتْلُوا الَّذِيْنَ لَا يُؤْمِنُوْنَ بِاللّٰهِ الْحَمْدُ لِلّٰهِ وَعَنِ الثَّانِي بان مراده

صراحة صلى الله عليه وسلم عربي الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتولدوا فاهم
 ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم آمنون وقوله وجوابه
 ما قلنا يريد به قوله لان كفرهما قد تغلط واذا ظهر عليهم اي على عبدة الاوثان من
 العرب والمرتدين فمساؤهم وصبيانهم يعني الا ان ذراري المرتدين ونسأؤهم يجبرون
 على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونسأؤهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد
 ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبتت في حقهم تبعاً لآبائهم فيجبرون عليه
 والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرون عليه بخلاف ذراري العبدية ونسأئهم
 وحنيئة ابوحي من العرب وقيل المراد ببني حنيئة رهط مسيلمة الكذاب وقوله لما ذكرنا
 اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وقوله
 لانها وجبت بدلا عن القتل يعني في حق المأخوذ منه وعن القتال اي عن النصر في حقنا
 كما تقدم ولا يجب البديل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل والقتال
 لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البديل وقوله لما بينا يعني قوله وهما
 لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وهو قوله عليه السلام خذ من
 كل حالمة وحاملة وقوله على اعتبار الثاني لا تجب يعني ان الجزية بدل عن الامرين
 كما مر تقريرة وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك
 لان المملوك الحر يقتل فيتحقق البديل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر
 على النصر فلا يجب عليه بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اي صار مواليتهم بسببهم
 من صنف الاغنياء او وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على
 الفقير المعتمد فلونلتنا بوجوبها على الموالي بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب
 شيء واحد ذلك لا يجوز وقوله ولا توضع على الرهبان واضح **قوله** ومن اسلم وعليه جزية
 سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او اغمي او صار زمنا او معقدا

(كتاب السير * باب الجزية)

او شيئا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يتدبر على شيء وبقي عليه الجزية سقطت عنه عندنا
 سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعي رحمه الله له انها
 وجبت بدلا عن العصمة وعن السكنى وقد وصل اليه الميعوض وكل ما وجب بدلا عن
 شيء وقد وصل اليه الميعوض لا يسقط عنه العوض بهذا العارض اي بالاسلام او الموت كما
 في الاجرة والصالح عن دم العمد فان الذمي اذا استوفى منافع الدار المسأجرة ثم اسلم
 او مات لا يسقط عنه الاجرة لان الميعوض قد وصل اليه وهي منافع الدار وكذا اذا قتل
 الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يستط عنه البدل
 لان الميعوض هو نفسه قد سلم له وانما رد في قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف
 العلماء في ان الجزية وجبت بدلا عما اذا قتال بعضهم وجبت عن العصمة الثابتة
 بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى امر بالقتال الى غاية وهي
 اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار
 على الشرك لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما
 يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التي فانت باصرارهم على
 الكفر وقد تقدم واعيد ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة
 وهذه الدار معاونة وجبت عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح ابدانهم لهذه النصرة لان
 الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار العادية لاتحادهم في الاعتقاد فوجب عليهم الشرع
 الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فيكون خلفا عن النصرة قال شمس الاثنية السرخسي
 رحمه الله وهو الاصح الا يرى ان الجزية لا تؤخذ من الاعمي والشيخ الفاني والمعتوه
 والمقعد مع انهم يشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو كانوا
 مسلمين فكذلك لا تؤخذ منهم ما هو خاف عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على
 الاسلام جزية رواه ابن عباس رضي الله عنه وهو مطلق فيجري على اطلاقه بل الانصاف

بل الانصاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل واحد يعلم ان المسلم لا يكون عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله ولانها وجبت عقوبة الى آخره ظاهر واعتراض بانه الحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افتراق في المقاء حيث يبقى العبد رقيقا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده مع ان كلا منهما في الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يمتنع بدونه على ما عرف في الاصول والاسلام ينال في الصغار فيسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله والعصمة تثبت بكونه آدميا جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة المآدمي من حيث انه آدمي لما مر انه خالق متحملا لعياء التكليف فلا يصلح ان يكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان يكون من عصمة فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن قوله او السكنى ومعناه ان الذمي بملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البديل بسكناء في موضع مملوك له ولو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقية لان الابهام بيطاها وحيث لم يشترط التاقية في السكنى دل على ان الجزية لم يكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا يرى ان الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها السقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب

بانها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس قوله فان اجتمعت عليه الحولان انت فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت جزية الحولين اما بتاويل السنين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولا بهام في قوله وجاءت سنة اخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله وقيل لاندخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق ان الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التقات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان لا يتدخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبثاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تندخل ونزولها في الخلافة اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع وامكن استيفاؤه يستوفى كما تقدم في سائر الاعواض وقد امكن لان الفرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع عنه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولا يبي حنيفة رحمه الله ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكررت في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة وتكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد عتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب من ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير اهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتليب اخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله ولانها وجبت بدلا عن القتل استدلال من جهة الملزوم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حملة بعض المشائخ على المضي مجازا قال الامام فخر الاسلام في شرح

شرح الجامع الصغير اختلف مشائخنا رحمهم الله في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم
 معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان
 مجيء كل شهر بمجيء اوله واقول في مجوز المجاز مجيء الشهر يستلزم مضي الآخر
 لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اولها لان
 الجزية تجب باول الحول والتاخير الى الحول تخفيف وتأجيل عند ابي حنيفة رحمه الله
 وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح وقوله على
 ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال للحراب ماض
 الى آخره ويحتاج الى الجواب عن الزكوة وهوان الزكوة وجبت في آخر الحول لانها
 تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستملاء لاشتماله على الفصول
 الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء *

فصل

لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز
 لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى
 الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر
 خصاء اي نزع خصيته والاختصاص في معناه خطأ ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر
 الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام ازالة لفحولية اهل داره معنى كما
 ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل
 والامتناع من النساء لملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم
 ولا كنيسة احدثها فهو نفي بمعنى النهي اي لا يحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة
 اليهود والنصارى لمعبدهم وكذا البيعة كانت مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة

لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى قوله والصومعة للنخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون
من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة بخلاف موضع الصلوة اي صلوة
الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروى عن صاحب
المذهب اي من ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالمرؤى هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار
دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس
وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز ظاهر وذكر
رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القردوري في كتابه كانه قال وكيفية التمييز ما ذكره
في الجامع الصغير الى آخره والكسني خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون
ما يتزينون به من الزناير المتخذة من الابريسم قوله صيانة لضعفة المسلمين اي اضعفة في الدين
لا البدن اي يفعل ذلك بهم لكي يكونوا في اعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين
الاسلام ان لاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم في الرزق والملابس
والمراكب وروى حاتم فان قيل لم يأخذ النبي صلى الله عليه وسلم يهود المدينة
ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله
صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة لا يشبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك
ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس ممن يعرف ومدن لا يعرف وقعت الحاجة
الى ذلك فامر بذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم وكان صوابا قال صلى الله عليه
وسلم اينما دار عمر فالحق معه وقوله فانه جفاء في حق اهل الاسلام اي ترك حسن
العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتمييزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ
الزناير من الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعزذ وصد يقه فقد اهان صد يقه معنى
وقوله ان لا يركبوا الا للضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى
موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت يعني كهيئة الاكف وقوله لانه ينقض ايمانه

ايمانه يعني لو كان مسلماً وسب النبي صلى الله عليه وسلم والعيان بالله نقض ايمانه فكذا
ينقض ايمانه وذمته وقوله وكذا حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق
بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئاً كما لم ترد ان الحق
بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئاً وقوله الا انه لو استثناء من
قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حد لان لهم احكاماً مخصوصة بهم بخالف احكام
سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج باسناد
الى داود بن كردوس عن عباد بن النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين
ان بني تغلب قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة
فان رايت ان تعطيهم شيئاً فافعل قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغسوا احداً
من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان تسقط الجزية عن رؤسهم فكل
نصراني من بني تغلب له غنم مائة فليس فيها شيء حتى تبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين شاة
مائة ففيه شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا
لحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر واذا وجب على المسلم شيء في
ذاك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساءً وهم كرجالهم في الصدقات واما الصبيان فليس
عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صرلحوا يؤخذ منهم الضعف
مما يؤخذ من المسلمين وقوله والمرأة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصالح
وقوله لا يرى انه لا تراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية
من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائماً والقبض قاعداً واخذ

التلييب على ما مر وقوله ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي اي لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبي وان لم تؤخذ من التغلبي وقوله ولنا ان هذا اي اخذ مضاعف الزكاة تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق بمولاة في ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف واولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هي تخفيف بالتخليص من التندس بالآثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ وقوله في حقه اي فيما هو حق مولاة وهو حرمة الصدقة فان قيل ما جال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات تثبت بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا وانما الغناء مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاة ويجوز ان يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشريف لهم وفي الحاق المولى بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاة به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر رحمه الله من الحديث وهو انه غير مجري على عمومته فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاة بالا جماع فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله القياس في الكل سواء وهوان لا يلحق مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه

عليه وسلم يحمل الصدقة فقال صلى الله عليه وسلم لانت مولانا ومولى القوم من انفسهم
 والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس
 في معنى ما ورد به النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه
 وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وقوله وما جباه الامام
 ابي جمعه والغور جمع نغور وهو موضع مخافة البلدان والقفطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع
 وقوله وهو لاء عملتهم ابي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل
 وقوله فلا شيء له من العطاء العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام
 بامر من امور الدين كالناضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من
 له ضرب مزينة في الاسلام كازواج النبي صلى الله عليه وسلم واولادها جرين
 والانصار رضي الله عنهم وكذلك لومات في آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة
 فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لومات في آخر السنة يستحب
 صرف ذلك الى قريبه لانه قدا وفي غناه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون
 اقرب الى الوفاء والله اعلم بالصواب *

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب احكام الكفر الطارئ لان الطارئ
 انما هو بعد وجود الاصلي وكلامه واضح وقوله الا ان العرض على ما قالوا غير واجب
 ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب مرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر
 رضي الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراف شبهة
 وقوله وتاويل الاول يعني قوله ويحبس ثلاثة ايام انه يستهل اي يطلب المهمل فيحبس
 ثلاثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذاك فلا باس بقتله الا انه يستحب

ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة ايام نصب
الحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبيل اثبات
الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلاثة ايام انما كان للتأمل
والتقدير بها ههنا ايضا للتأمل وقوله ولانه كافر حرربي بيانه انه كافر لا محالة وليس
بمستأمن لانه لم يطلب الامان ولاذمي لانه لا تقبل الجزية منه فكان حربيا وقوله لا تطلق
الدلائل يعني قوله تعالى فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه
وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام يعني بعد الاثيان بالشهادتين واما
المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت اوامة قال في النهاية كذا
في المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهذه
الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انها جنائية متغلظة وكل ما هو جنائية متغلظة تناط بها عقوبة متغلظة
وردة المرأة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان تشاركها في موجبها لان الاشتراك
في العلة يوجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسوقة وفيه نظر لانه اثبات
ما يدرء بالشبهات بالرأي ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء ولان
القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهي الآخرة لان تعجيلها
يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله اظهر علمه لان الناس يمتنعون خوفا من الحق فصاروا
في المعنى كالمجبورين وفيه اختلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي من هذا الاصل الى تعجيل
بعضها فعلا شرنا جزوهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك
بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه صلى الله عليه وسلم لم يقتلها بمجرد
الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجور رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلثون ابنا

ابناوهي بحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامرو بقتلها والجواب عما روي
انه ليس بمجري على ظاهرة لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فعرفنا انه عام لحقه
خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن نحبس ظاهروا عاد رواية
الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحررة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال
ابو حنيفة رحمه الله تعالى اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره
القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف رحمه الله اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها امتنعت
عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار ومن المولى طافيه من الجمع بين الحقين اي الجبر
والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير
وشروطها في رواية قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال
وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا
فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا ابى قتل فلانة اذ في الدفع الى المولى
قوله ويزول ملك المرتد عن امواله برده ويزول ملك المرتد عن امواله برده زوالا
مراعى اي موقوفا الى ان يبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشائخ
رحمهم الله هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من
هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامته موجب التكليف الا بالملك
فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص والجامع ان كلا منهم مكلف
مباح الدم وله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحرب
فكان القتل ههنا مستازما للحرب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى
والمقعود والشيخ الفاني وقد تحقق المازوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه
وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكه لان
المقهورية اماره المملوكية واذا كان مقهورا ارتفعت ملكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع

الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالايجاب
عليه وعوده مرجو ذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف محتاج الى مايتسكن
به من اداء ماكلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر الى الثاني لايزول فتوقفنا في
امره وقلنا يزوال موقوف فان اسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم
وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل بالسبب وان مات او قتل على ردة او لحق بدار
الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه لا يقال اذا كان
كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير
هذا الموضع لاننا نقول ذلك مقتضاة اذا تساوت الجهتان وافضى الى الشك وههنا
ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله
في حق هذا الحكم احترازاً عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امرأته وتجديد
الايمان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله **قوله** وان مات او قتل على ردة
اعادة لانه لفظ القدوري والاول كان لفظه ذكره شرحاً للكلام وقوله ثم هو مال حربي
لا امان له فيكون فيثا يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضائع
وقوله على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى آخرة وقوله ويستند يعني
التوريث الى ما قبيل ردة فيجعل كأنه اكتسبه في حال الاسلام فورثه ورثته منه من
وقت الاسلام ولا بي حنيقة رحمه الله انه يمكن الاستناد اي استناد التوريث في كسب
الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة
لعدمه قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرطه وجودة قبلها اي ومن شرط
استناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا
لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز
ثم انما يرثه من كان وارثاً له في حال الردة ويبقى وارثاً الى وقت موته حتى لو حدث له

له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد له من ملوق حادث بعد رده لا يرث في رواية من ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الحسن عنه اعتبار الاستناد يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود احدا لاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاظه بدار الحرب وأن لم يثبت قبل وجودها فاذا وجد صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا شرط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهي رواية ابي يوسف رحمه الله عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا اكد اذ كان عنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد رحمه الله عنه قبل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احدا الامور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض في انه بصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله اي على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما بكونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فانهما لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد رحمه الله يشترط الوصف الثاني دون الاول وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على رده وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانها سبب للهلاك كالمرض فاشبه رده التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة رحمه الله يسند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين

المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا
بها ولم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها
وغيرها واما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة
في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله
بخلاف المرتد هند ابني حنيفة رحمه الله فان ما اكتسبه في حال رده في عنده وفرق
بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلاقتل اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل
الفرق ان المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة
لا يزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة
مالها باقية بعد ردها كان كل واحد من الكسبيين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها
زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان
يتحقق اذا مات وهي في العدة الا يرى انه لو طلقها قبل الدخول بها في مرضه لم يكن
لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لعدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج
ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لتصدها ابطال حقه ويبان ان حقه تعلق بماله لمرضها
فكانت بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها تصدها كما في جانب الزوج
بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين ارتدت لانها بان بنفس الردة فلم تصر مشرفة على
الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث زوجها
منها **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا اي ان لحق المرتد بدار الحرب وحكم القاضي
بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في
حالة الاسلام الي ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا وهو
احداقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام والجامع كونه غيبة كما ترى وهو
ضعيف جدا ولان الله باللاحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه بين

بين اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما بطل احراره نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب صار حربا على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى اَوْ مَنْ كَانَ مَيِّتًا فَاحْيِنَا ولان ولاية الانزام منقطعة عن الموتى الان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لا حتمال العود اليها فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي يثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها يعني قوله عنق مدبره الى آخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهرا واضمير في تقريره للحاق وقيل للسبب وهما متقاربان وقوله هذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ورواية زفر رحمه الله عنه وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يبدأ بكسب الاسلام وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقوله وعند اي وعن ابي حنيفة رحمه الله ايضا وهو رواية ابي يوسف رحمه الله على عكسه وهو ان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين اي المدائنتين مختلف وتقريره ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف اداؤه اليه ليكون الغرم بازاء الغرم وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه واما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قيل لما لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه اجاب بقوله كالدمي اذا مات ولا وارث له فلم يبق له ملك فيما اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضى منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين

من خالص حقه اولى منه من حق غيره الا اذا عذر بان لم ينف به فحينئذ يقضى دينه
من كسب الاسلام تقديم الحق وفيه بحث من اوجه الاول ما قيل ان هذا يناقض قوله واما
كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة والثاني ان كسب
الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ عن حق
المورث والثالث ان قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممتنع فلا وجه
لثبوته فكان قضاء الدين منه اولى واجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق
ههنا هو ان لا يتعلق حق الغير به كما ثبتت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه
خالص حقه كونه ملكا له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك
الذمي اذ اقامت ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله
عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه
في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بان كسب الاسلام بعرضية
ان يصير خالص حقه بالتوبة فكان احدهما خالص حقه والاخر بعرضية ان يصير خالص
حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة رحمه الله
وعندما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما
على ما تقدم من مذهبهم **قوله** وما باعه واشتره ذكر التصرفات التي اختلف علماءنا
في نفاذه وتوقفه قال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وانما قال كذلك لان المسئلة من
مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين انسام تصرفات
المرتد وهو واضح الا ما ذكره فتواه يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام
وبالثاني الموت والقتل والحق وقوله لانه لا يفتر الى حقيقة المالك وتام الولاية
نشر لتولده كالا ستيلاد والطلاق فتولده الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته
فادعى نسبه يثبت منه وبيرثه هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية ام ولد له لان حقه في

في ماله اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلا دالاب صحيح فكذا استيلاء
حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله وتام الولاية يعني
في الطلاق فانه يصح من العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل العرقه تقع بين الزوجين
بالارتداد فكيف ينصور الطلاق من المرتد اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما
لو بان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقا ثانيا على ما عرف على انه يحتمل ان يوجد
الارتداد ولا تقع العرقه كما لو ارتدا معا وقوله لانه اي كل واحد من النكاح
والذبيحة يعتمد الملة والاملة لانه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل
واستشكال بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض بنكاح اهل الكتاب وذبايحهم
وان كان المراد به الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركون فيما بينهم فانه
ليس لهم ملة سماوية لا مقررة ولا محرقة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي
بالنفقة والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب بان المراد بالملة ما يتدينون
به نكاحا يقررون عليه ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل
عند ذاك وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرندة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان
المرتد يقتل والمرندة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف المجوس
واهل الشرك فانهم دانونا يقررون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من
محارمه فكانت الصلحة منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتدان فاض مسلماتوف
فان اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضى بلحافه بدار الحرب بطلت المفاوضة
بالاتفاق وقوله وهو ما عذرناه يعني وقوله وما باعه واشتراه الى آخره وقوله على ما قررناه
اشارة الى قوله لانه ما كفى محتاج الى آخره وقوله ولهذا الولد له ولد بعد الردة لستة
شهر توضيح لوجود ملك المرندي يعني فلو كان الملك زائلا لما ورنه هذا الولد لكون
ما ورنه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولد بعد الردة يعني لو مات ولده المولود بعدها قبل

موت المرتد لا يرثه فلوله يمكن ملكه فائما بعد الردة لورثته هذا الولد لانه كان حيا وقت
 ردّة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف
 اما ذكره في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله
 وله انه حربي متهور تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك
 وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله فكذا المرتد
 يعني حاله يتوقف بين القتال والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ
 فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارا بغير امان يكون فيما
 فكيف يتوقف تصرفاته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله استحقيقه القتل
 جواب من قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي
 اهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد
 منهما يستحق القتل لبطلان سبب العصمة وهو كونه آد ميا مسلما وذلك يوجب الخلل
 في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي وفصل المرتد فان قيل لو كان استحقيق
 القتل موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان تصرفات الزاني المحصن
 الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقيق
 في ذلك يعني ان الاستحقيق في الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة
 والزاني والقاتل ليسا كذلك لان الاستحقيق فيهما جرء على الجنابة وقوله وبخلاف
 المرأة جواب عن قولهما وصا كما لمرتدة **قوله** فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه اذا
 عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فاجده في يد ورثته من
 ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب واذا
 عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه اي على الوارث قال شمس الاثمة الحلواني في هذا
 والوكان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان الحكم فيه

فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ما كنهه فانه لا سبيل له لانه ازاله
 في وقت كان فيه بسبيل من الازالة فنغذت وبخلاف امهات اولاده ومدبريه فانه
 لا سبيل له عليهم لان القضاء بعقبتهم قد صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاظه من
 ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فاذا خرج عن ولايته كان له ان
 يميته حكما فاذا كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعق بعد وقوعه لا يحتمل النقص ولو جاء مسلما
 قبل قضاء القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم
 لا يعتنون بقضاء القاضي وما كان عليه من الديون فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا
 يعني من قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بتضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية
 نصرانية ظاهر وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام
 ستة اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت
 به لاقبل من ستة اشهر فان الولد يرث ابا المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده
 في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابييه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت
 الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة
 وان الحق المرتد بساله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو الى ذلك المال في
 دون نفسه ويجوز ان يكون ماله في يادون نفسه كمشركي العرب وان لحق ثم رجع
 يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاظه ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على
 ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم والفرق بين المسئلتين ان الاولى
 مال لم يجز فيه الارث فهو مال الحربي فاذا ظهر على مال الحربي فهو في لا محالة
 والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم
 اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاظه
 والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب

فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيثا لاحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالنضاء واذ الحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء والكتابة للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لغيرها بدليل منفذ وهو قضاء القاضي بالحق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لاسبيل الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجد به عينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في الوكالة خلافة احتمالا لبقاء حكم الحاكم في صحة المكتوبة فكأنه وكيله في كتابة عبده وحقوق العقد فيه اي في مقدار الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعق انما يحصل فيه بعد اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ **قوله** واذ اقتل المرتد رجلا كلامه واضح وقوله لا نعدم النصرة يعني ان التعاقب انما يكون باعتبار التناصر واحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الكسبان جميعا ماله فقوله وعند ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصله عن الصفة وقوله واما الاول يعني ما اذا مات على رده وقوله فاهدرت يعني السراية لانها لو لم تهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة في الخطاء لان قطع اليد صار قتلا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه الا اعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة قوله

قوله فان لم يلحق واسلم يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعيان بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية الكاملة وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا مات على رده او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدار السراية فلا ينقلب بالا سلام الى الضمان دليله ان الردة معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يميت عليه كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تفاخا البيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليه كما لومات على البيع لان البيع معنى لومات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ومات من القطع او لم يميت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل الماران المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان الغرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم ولان الغرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس والباقي ظاهر وقوله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين يعني اذا قال لعبدته ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة ليست بابراء ولا مستلزمة له لانها وضعت لتبديل الدين ونصح من غيرا براء الغرماء الا انه اذا مات على ذلك لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالا براء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول محمد وزفر رحمهما الله قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقتوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عامدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده او مات وان كان خطأ

فعلى عاقلة الفاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجنايته المسلم اذا كان خطأ على ما قلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فللهذا كان على ما قلته دية النفس وان كانت الجناية منه في حال رده كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد وقوله واما عند ابي حنيفة رحمه الله اي ابو حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له اذا كان مكاتبا ووجه الفرق ما ذكره ان المكاتب انما يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا بالحق الذي هو شبه الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله الا ترى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة بالطريق الاول وانما كان الرق اقوى من الردة في الممانعة عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالاتيلا والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع من التصرفات كلها ثم لما لم تنوقف تصرفات المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد بالاولى قال صاحب النهاية قلت لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرفات عدم منع الردة منها لانه اذا لم يسعه كل واحد منهما على الانفراد جازان بمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تاثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع ههنا المكاتب ثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف قال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لامانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدينين اربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هنا لفظه وارى ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لانه ما ورد السؤال من حيث ان احدى عتني المنع تغارض علة الاطلاق وترجح

ويترجم بالاخرى بل اورد من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا ماعين من
التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل واحد من الافراد
ولعل الجواب ان الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا ممكن ان يحصل من
تركبها امر خارجي او اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة
قوله واذا ارتد الرجل وامرأته والعيان بالله قيل قوله فحبلت المرأة في دار الحرب تنبيده
بدار الحرب اتفاني فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت بدار الحرب فالجواب كذلك
ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد من الاسلام
واذا كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع
فالجبر هناك يكون جبراً ههنا بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله ولا يجبر ولد الولد
هو ظاهر الرواية وجهه انه لو كان مسلماً تبعاً للجد كان تبعاً للجد جده فحينئذ يكون الناس
كلهم مسلمين بتبعية آدم عليه السلام ولو كان تبعاً لآبيه وهونع كان التبع مستتبعا للغيره
وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجبر تبعاً للجد لان التبعية في حق الاب المتفرع
والفرع ثابت في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله
كلها على الروایتين يعني في مجاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل
وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صورة
الولد مسلماً باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان
فقيراً او عبداً والجد موسراً هل يجب فطرة الحافظ عليه اولاً واما صورة جر الولاء فانه
اذا اعتق الجد والحافظ حر والاب رفيق هل يكون ولاء الحافظ لمولى الجد اولاً واما
صورة الوصية للقرابة فاذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل
الجد اولاً على الروایتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح
رسالتنا وقوله وارثان الصبي الذي يعقل ارثان يعني يجري عليه احكامه فيبطل

نكاحه وبحرم من الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وأن ادرك كافرا ولكنه بحسب
وتوجيه تحرير المذهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لزفر والشافعي رحمهما الله انه
اي الصبي الذي يعقل تبع لآبويه فيه اي في الاسلام فلا يجعل أصلا يعني يصح اسلامه
بطريق التبعية للآبوين فلا يصح بطريق الاصاله اذا التبعية دليل العجز والاصاله دليل
القدرة وبين العجز والقدرة تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام بطريق التبعية موجود
بالاجماع فينتفى الآخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل آخر وهو واضح وقوله وافتخاره
به مشهور يشير الى ما قاله رضي الله عنه * شعر * سبقتمكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت
اوان حلمي * واختلفت الرواية في سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم
وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه
وسلم دماه الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلثة وعشرين سنة والخلافة بعده
ثلثون انتهت بموت علي رضي الله عنه فاذا ضمنت خمسا الى ثلث وخمسين صار
ثمان وخمسين وقال التميمي اسلم وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن ستين وقوله ولانه
اتى بحقيقة الاسلام دليل آخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق به سعادة ابدية يجوز ان يكون
معطوفا على التصديق اي هو التصديق الاصلي وهو ما لا يخفى ويكون خبر مبتدأ محذوف
ويجوز ان يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الاصلي على تقدير ان يكون بغير واو
ويجوز ان يكون قوله وما يتعلق به مبتدأ وقوله سعادة ابدية خبره وهو الاولى وهو جواب
عن قوله ولانه تلزمه احكام تشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع
فرضا لانه لا نقل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير
مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه
يتردد بين الفرض والنفل والجواب اننا لانسلم ان من ضرورة كونه فرضا ان يكون
مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى في

في اول الوقت وقع فرضا وهوليس به مخاطب به عندنا في ذاك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابيويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الحجتين مؤيدة بالاخرى فلا تكونان متنافيتين وذلك كما لجندي اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبع السلطان ايضا وقوله ولهم اي لابي يوسف وزفر والشافعي رحمهم الله وقوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فيه اي في الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام فان رد الردة يكون بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان رد الاسلام انما يكون بالهجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشئيين بالقواس فرق الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما صرف في الاصول والجواب ان هذا قياس من الوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله الا انه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لردته بعد اسلامه وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة لهم قال في النهاية وفيه نظرا لانه اسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهولم يرحم عليه حتى عاقبه في النار مخلدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام الترمذاشي ومشار اليه في المبسوط ثم قال فاولى ما يعمل به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعجيل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والله اعلم بالصواب *

باب البغاة

آخر هذا الباب من باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع الباغي كالتضاعة جمع القاضي واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من اطاعة الامام دعاهم الى العود

الى الجماعة وكشف من شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلهم
من غير دعوة الى العود لم يكن عليهم شيء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالفهم في ذلك
كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك
باهل حروراء بالحاء المهملة مدودا ومقصودا قرية بالكوفة كان بها اول تحكيم الخوارج
واجتماعهم بسبب تحكيم علي بن ابي موسى الاشعري بينه وبين معاوية فائلين ان القتال
واجب لقوله تعالى فَقَاتِلُوا النَّبِيَّ نَبِيَّ الْآيَةِ على ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى
وَمَنْ لَّمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ وذلك انه رضي الله عنه انفذ ابن عباس
رضي الله عنه ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى العود فلما ذكر واشبهتهم قال ابن عباس
رضي الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنئ من بيض حمام وفيه التحكيم لقوله تعالى يُحْكَمْ
بِهِ ذُو أَعْدَلٍ مِنْكُمْ فَكَانَ تَحْكِيمُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَوْافَقًا لِلنَّصِّ فَالزَّمَهُمُ الْحُجَّةَ فَتَابَ بَعْضُ
وَأَصْرًا آخَرُونَ وَكَلَامُهُ وَاضِحٌ وَقَوْلُهُ وَالْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ مِنْ لَزُومِ الْبَيْتِ يَرِيدُ
بِهِ مَا رَوَى الْحَسَنُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْفِتْنَةَ إِذَا وَفَعَتْ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ
فَالْوَاجِبُ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ أَنْ يَعْتَزَلَ الْفِتْنَةَ وَيَقْعُدَ فِي بَيْتِهِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَنْ فَرَّ
مِنَ الْفِتْنَةِ اعْتَقَ اللَّهُ رَقَبَتَهُ مِنَ النَّارِ مَحْمُولٌ عَلَى حَالِ عَدَمِ الْإِمَامِ وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُونَ
مَجْتَمِعِينَ عَلَى إِمَامٍ وَكَانُوا آمِنِينَ بِهِ وَالسَّبِيلَ أَمْنَةً فَخَرَجَ عَلَيْهِ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَحِينَئِذٍ
يَجِبُ عَلَى كُلِّ مَنْ يَقْوِي عَلَى الْقِتَالِ أَنْ يْقَاتِلَهُمْ نَصْرَةً لِإِمَامِ الْمُسْلِمِينَ لِقَوْلِهِ تعالى فَقَاتِلُوا
النَّبِيَّ نَبِيَّ الْآيَةِ فَانْزِلُوا إِلَى الْأَرْضِ لِلْوَاجِبِ وَقَوْلُهُ أَجْهَرُ وَاتَّبَعَ عَلَى بِنَاءِ الْمَفْعُولِ وَيُقَالُ أَجْهَزْتُ عَلَى
الْجَرِيحِ إِذَا اسْرَعْتُ قَتْلَهُ وَتَمَمْتُ عَلَيْهِ وَقَوْلُهُ وَلَا يَقْتُلْ أَسِيرَهُ وَمَنْ قُتِلَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ وَلَا يَكْشَفُ سِتْرَايَ لَا تَسْبِي نِسَاءَهُمْ الْإِيزِيُّ أَنَّ أَصْحَابَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ
سَأَلُوهُ قِسْمَةَ ذَلِكَ فَقَالَ وَإِذَا قَسَمْتَ ذَلِكَ فَلِمَنْ تَكُونُ عَاشِيَةٌ وَالْقِدْوَةُ اسْمُ الْإِقْدَاءِ
كَالْأَسْوَةِ اسْمُ الْإِنْسَاءِ ثُمَّ يُقَالُ فَلَانْ قِدْوَةٌ أَيْ يَقْدُدِي بِهِ وَقَوْلُهُ لِمَا ذَكَرْنَا شَارَةَ إِلَى قَوْلِهِ

قوله وبحبسهم والى قوله دفع الشر وقوله ولا نهم مسلمون معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه وقوله اما عدم القسمة فلما بيناه اشارة الى قول علي رضي الله عنه ولا يؤخذ مال وقوله ولا نهم مسلمون وقوله واز عجا يعني اقلع اهل البغي من المصر قبل ذلك اي قبل اجراء احكامهم على اهلهم وقوله في الوجهين اي في الوجه الذي قال انا على الحق وفي الوجه الذي قال انا على الباطل وقوله رواه الزهري قال الزهري وقعت الفتنة واصحاب رسول صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال اتلف بتاويل القرآن فهو موضوع وقوله ولا التزام لا اعتقاد الاباحة يعني ان الباغي اعتقد اباحة اموال العادل بان العادل عصى الله ورسوله ولم يعمل بموجب الكتاب وقوله ولهما فيه اي لابي حنيفة ومحمد رحمه الله في قتل الباغي العادل وقوله فيعتبر التاويل الفاسد اي يعتبر التاويل الفاسد في دفع الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اي التاويل الدافع للضمان وقوله وليس بيعه بالكوفة باعتبار ان البغاة خرجوا فيها اولاً والا فالحكم في غيرها كذلك وقوله الا بالصنعة يريد به الحديد لانه انما يصير سلاً حابفعل غيره فلا ينسب اليه الا يرى انه يكره بيع المعازف قيل هي جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذها اهل اليمن ولا يكره بيع الخشب لانه انما يصير معزفاً بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اي لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذ خمر اسأني في باب الكراهة ان شاء الله تعالى *

كتاب اللقيط

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك من نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك من نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبؤ من فعل بمعنى مفعول كالجريح

وفي الشريعة اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة المزنية مضيقه
آثم ومحروزة غانم لان فيه الاحياء وقد قال الله تعالى وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَانَ مِثْلَ الْحَيِّ النَّاسِ
جميعاً فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه لما انه يلتط وهو حراي
في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي رحمه الله
وقوله لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم من آدم وحواء عليهما اسلام وهما حوران والرق انما
هو بعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب
فيمن يسكن دار الاسلام الحرية وقوله هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما روي
عن علي رضي الله عنه انه قال اللقيط حر وعقله وولاءة للمسلمين وعن عمر رضي الله
عنه مثله وقوله والخراج بانضمام اي له غنمه وعليه غرمه اي غلة العبد الميعب للمشتري
قبل الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤد بها اليه
في وقت معلوم وقوله فيه اي في بيت المال ويقال برع الرجل وبرع بالضم اذا فضل
على اقرانه ومنه يقال للمتفضل المنبرع وقوله الا ان يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه
لعموم الولاية في قوله ليكون ديناً اشارة الى انه انما يصير ديناً اذا قال ذلك ومن اصحابنا
من قال مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك
ديناً عليه لان امر القاضي بالانفاق نافذ عليه كامره بنفسه ان لو كان من اهله ولو كان
من اهله وامر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفق ديناً عليه فكذا اذا امره القاضي والاصح
ان لا يرجع ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقة محتمل قد يكون للحث والترغيب
في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون ديناً عليه
وقوله ومعناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعى الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولي
لانهما استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب اليد اولي وقوله ثم قبل يصح
في حقه اي في حق النسب وقبل يبتني عليه بطلان بده لان من ضرورة ثبوت النسب ان

ان يكون هو احق بحفظه ولده من غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط اى لو ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قيل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يطبل بدعواه حق احد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط وهو تضمنه ابطال حق الملتقط فلذلك لم تصح دعواه ووجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار يكسب له ما ينفعه وبالا لتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله انه مناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه الخفاء فتد يشبهه على الناس حال ولده الصغير ويظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن اذا اكدب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اى يجب على الملتقط ان يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما واصاب ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزم وههنا يلزم اجيب بان الفرق بينهما هو ان اصابة الواصف امر محتمل بحتمل انه اصاب لانه له وبحتمل انه صاب لانه رآه في يد غيره والمحمتمل لا يصلح سببا للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كالايد في دعوى الناج اذا ثبت هذا فنقول في فصل اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوة لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط الا يرى انه لو انفرد بدعوى اللقيط فضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر الوصف لترجح سبب

الاستحقاق واما في اللفظة فالدموي ليست بسبب الاستحقاق حتى يترجم بالوصف
فلو اعتبر الوصف اعتبارا اصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سبباً له فافتروا وقوله واذا وجد
في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسئلة
في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه
فيكون محكوما عليه بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة
او الكنيسة فيكون محكوما عليه بالكفر لا يصلح عليه اذامات والثالث ان يجده كافر
في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت
الرواية فيه ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للذكان في الفصاين جميعا وفي رواية ابن سماعه
عن محمد رحمه الله ان العبرة للواجد في الفصلين جميعا كذا في المبسوط وقوله في بعض
النسخ اي في بعض نسخ المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر فان قيل البينة
لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب
بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنع عنه ويزعم انه احق بحفظه فلا يتوصل
المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه
لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب
والرق وهو بضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده
الحره فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن ان يقرر بجعل كلامه دليلين
على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر
لان المملوك قد تلده الحره فلا يكون عبدا وقد تلده الامه فيكون عبدا والظاهر في بني
ادم الحرية فلا تبطل بالشك قوله والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد اذا ادعى
اللقيط الحر والعبد وهما خارجان او المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر
اولى من العبد والمسلم اولى من الكافر الذمي فكذلك اذا اقاما البينة وليست احدهما

احد بهما اكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذمي وللذمي مسلمان كان للمسلم لان بيته كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست احد بهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بيته الكافر اكثر اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلوادعى الذمي صبياني يدرجل انه ابنه ولد علي فراشه واقام على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بيته انه ابنه ولد علي فراشه من هذه الامة قضى بالصبي للذمي ولم يترجح العبد بالاسلام لان بيته الذمي اكثر اثباتا لانها تثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كان النزاع بين الملتقط والخارج فالترجح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او علي دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبار الظاهر لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصله القميص الذي عليه فان قيل الظاهر يكتفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير وقوله ثم يصرفه الواجد اليه ظاهر وقوله والموجود في كل واحد منهما اي من الملتقط والام احدهما لان الملتقط رأيا كاملا ولا شفقة له والام شفقة كاملة ولا رأي لها وقوله لانه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالتفاف وهو ما يسوى به الرماح ويستعار التأديب والتهديب وقوله وبخلاف الام لانها تملكه اي تملك انلاف منافعه فانها تملك استخدام ولدها واجارته *

كتاب اللقطة

اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم اللقطة وهي الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الآخذ على هذا الوجه ما دون

فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احتراز
عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول
من كان يقول اخذه جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي
سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهو واجب اذا خاف الضياع
على ما قالوا والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا
وهو ما اذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ
بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ واذا كان وليا واجب عليه حفظ ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة
ماله فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك اذا خاف على مال غيره وما
لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع ففيل رفعه مندوب اليه بقوله تعالى وَتَعَاوَنُوا
عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ولانه لو تركها لا يؤمن ان تصل اليها خائفة فتمنعها عن مالها
وقيل تركها افضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه
والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي اذا كان اخذها مأذونا فيه شرعا لا تكون
مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا تصادقا والظاهر ان معناه
وان اشهد الملتقط انه يأخذها الى آخره لا تكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ لنفسه ويجوز ان
يكون معناه واذا كانت امانة لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق الملتقط والمالك
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على
انه اخذها ليوصلها الى المالك ولو اقر الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع لانه
اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذتها
للمالك وكذب به المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
لا يضمن والقول قوله اما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لا اختياره الحسبة دون المعصية
لان فعل المسلم محمول على ما يحل له شرعا والذي يحل له شرعا لا يخلد لرد لنفسه فيحمل

فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد عليه وأما ان القول قوله
 فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول
 قول المنكر مع يمينه كما لو ادعى الغصب عليه وقوله ولهما انه اقرب بسبب الضمان
 ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا
 يشهد عليه عند الرفع او خاف انه لو اشهد عند الرفع ان يأخذ منه الظالم فترك
 الاشهاد لا يكون ضامنا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهده حتى جاوزة ضمن
 لانه ترك الاشهاد مع القدرة عليه وقوله وبكفيه في الاشهاد ان يقول ظاهر وقوله
 وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله يشير الى انها ليست ظاهر الرواية فان الطحاوي
 رحمه الله قال واذا التقط لقطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشئ نفيسا او خسيسا في ظاهر
 الرواية وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى البخاري في الصحيح
 مسندا الى ابي بن كعب رضي الله عنه قال اخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي صلى
 الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها حولاً فلم اجد من يعرفها ثم أتيتها ثانياً فقال عرفها حولاً
 فعرفتها فلم اجد ثم أتيتها ثالثاً قال اخفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا
 فاستمتع بها وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وأقول هذا الحديث
 يدل على ان التعريف يكون حولين وليس ذلك بشرط بالاجماع فيكون ساقط
 الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير إشارة الى ما اختاره
 شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقوله كالنواة وقشور الرمان يعني اذا كان في مواضع
 مختلفة فجعلها وصار يحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت
 بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها
 في يده بعد ما جمعها جاز ان يأخذها لان الالتقاء متفرقا دليل على الاذن لاعلى
 التملك لان التملك من المجهول لا يصح وذكر في المحيط فاما اذا كانت مجمعة

في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها
قوله فان جاء صاحبها يعني ان جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايصالا
لعين حقه المستحق الدفع اليه والا اي وان لم يحج فهو بالخيار ان شاء تصدق
بها ايصالا لعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازته التصديق بها الى مستحقه
وان شاء امسكها رجاء للظفر لصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها الملتقط
باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصديق وان حصل
باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة
يقتضي قيام المحل عندنا كما في بيع الفضولي وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد
هلا كما صحت الاجازة اجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان
مأذونا في التصديق شرعا ملك الفقير بنفس الاخذ لان التصديق من اسباب الملك
فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير
قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ ان كان قائما في يد الفقير اجيب بان ثبوت
الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له و
كالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعد ما قسمت امواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجده
قائما بعد ثبوت الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت
بعد اجازة المالك بيعه فلا بد من قيام المحل لئلا يلزم تملك العين المعدومة وكما
يشترط قيام المحل يشترط قيام البائع والمشتري والمالك ايضا وسيجي تمامه في البيوع
ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد
تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله الا انه با باحة من جهة الشرع يعني ان الاذن
كان اباحة منه لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الائتم ولاينا في الضمان حقا للعبد
كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين لما ذكره في الكتاب

في الكتاب وهو واضح وان كان العين قائمة اخذها لانه وجد عين ماله وحاصله ان
 المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان تكون اللقطة قائمة في يد الفقير اوها لكه فان
 كانت قائمة اخذها وان كانت هالكه فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير
 وايهما ضمنه لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم
 بغير اذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع
 عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئا وقوله ويجوز الا لتقاط
 في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها نقوله والاباحة اي اباحة الاخذ وفيه نظر
 لان مخافة الضياع يوجب الاخذ لان مبيحه وقوله واذا كان معها اي مع اللقطة
 ما تدفع به عن نفسها يعني ما يملكها كالقرن في البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه
 وكذلك في الغرس وقوله فيقضى بالكراهة اي بكراهة الاخذ وقوله وفي هذا نظر من
 اجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على
 المالك بما انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهرها مر بيعها قيل فاذا امر ببيعها فبيعت
 اعطى القاضى من ذلك الثمن ما انفق بامره في اليومين والثلثة لان الثمن مال
 صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على اخذ حقه لان الغريم
 اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه فكان للقاضي ان يعينه على ذلك وقوله وفي
 الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة عنده
 فان قيل البينة انما تنقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجاب بقوله وليست
 تنقام للقضاء اي انما هذه البينة تنقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه
 وقوله وان قال لا بينة لي اي الملتقط قال لا بينة لي على انها لقطة عندي ولكنها
 لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت وانما يقول بهذا الترديد
 حذرا من لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا بتضرر المالك لسقوط الضمان على

تقدير الغصب ولولم يأمر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله اذا شرط
القاضي الرجوع على المالك متصل بقوله انما يرجع اي انما يرجع الملتقط على المالك
اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل
اللقيط بقوله والاصح ان يأمر القاضي الملتقط بالانفاق على ان يكون دينا على اللقيط
فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز من قول بعض اصحابنا وحمهم الله ان مجرد
امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع **قوله** واذا حضر يعني المالك كلامه ظاهر وقوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه يحصى بنفقته يقال نشدت الضالة اي عرفتھا وانشدتها اي
طلبتها ومعنى الحديث الذي ذكره الشافعي رحمه الله ولا تحل لقطنها اي مكة الا
لمنشدھا اي لطلبھا وهو المالك عنده والمعرف عندنا العنص الوعاء الذي يكون
فيه اللقطة من جادا وخرقة او غير ذلك والوكاء الرباط يقال او كى السقاء اذا شدة بالوكاء
وهو الرباط الذي يشد به وقوله ابقاء ملك المالك من وجه يعني من حيث تحصيل
الثواب فيملكه كما في سائرھا اي في سائر اللقطات وتاويل ماروي من قوله صلى الله
عليه وسلم لا تحل لقطتها الا لمنشدھا الا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص
هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله تعالى
لمكان الغرباء لان الناس يأتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث يندر الرجوع
لهم اليها فالظاهر انها للغرباء ولا يظن عودهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط التعريف
لعدم الفائدة فزال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا
لمعرفھا كما هو الحكم في غيرها من البلاد وقوله لهما اي لملك والشافعي رحمه الله
حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحججة بذكر الوصف ولا
يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصور كما ملك بدليل وجوب الضمان في
غصب المدبر باعتبار ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث الامر

الا مرفيه وهو قوله فادفعها للاباحه اي وجب حمله على الاباحه لاجل العمل
 بالمشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر
 فانه لو لم يحمل على الاباحه وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم
 للترك ولتأمل ان بقول الحمل على الاباحه عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الدفع
 ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي رحمه الله
 لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله ههنا في مقام الدفع فجاز ان
 يدفعه على طريق يلتزمه الخصم وقوله بخلاف التكيل لوارث غائب عنده اي عند
 ابي حنيفة رحمه الله وانما ارد الضمير عليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك
 المسئلة هذا اذا دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها
 له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح انه لا يأخذ كفيلة وقوله وقيل يجبر لان
 المالك ههنا غير ظاهر يعني فجاز ان يكون المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط
 بانه هو المالك كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهر فبالاقرار
 بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك ييقن ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد
 ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع ليس له ان يرجع
 على الوكيل بشيء وههنا الملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع
 ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم
 في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه
 وانه ضامن بعد ما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا
 في المبسوط وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حملا له
 على رفعها اي ليكون حاملا او باعثا على رفعها وقوله لا طلاق النصوص يريد به قوله
 تعالى وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وقوله

وَلَا تَعْتَدُ وَأَقُولُ فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَقَوْلُهُ وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ بِمَا رَوَيْنَاهُ وَهُوَ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ وَقَوْلُهُ وَالْغَنَى مَحْمُولٌ عَلَى الْإِخْذِ جَوَابٌ عَنْ قَوْلِهِ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلُهُ عَلَى رَفْعِهَا وَقَوْلُهُ وَانْتِفَاعُ أَبِي جَوَابٌ عَنْ اسْتِدْلَالِهِ بِحَدِيثِ أَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقَوْلُهُ وَهُوَ جَائِزُ أَيْ الْإِنْتِفَاعُ لِلْغَنَى جَائِزٌ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لَأَنَّهُ فِي مَحَلٍّ مُجْتَهِدٍ فِيهِ وَقَوْلُهُ لِمَ فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبِينَ يَعْنِي نَظَرَ الثَّوَابِ لِلْمَالِكِ وَنَظَرَ الْإِنْتِفَاعِ لِلْمَلْتَقِطِ وَقَوْلُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ لِمَ فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ مِنَ الْجَانِبِينَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالْصَّوَابِ *

كتاب الاباق

قَالَ صَاحِبُ النِّهَايَةِ هَذِهِ الْكُتُبُ اعْنَى اللَّقِطَةُ وَالْإِبَاقُ وَالْمَقْشُورُ كَتَبَ بِجَانِبِهَا بَعْضُهَا بَعْضًا مِنْ حَيْثُ أَنْ فِي كُلِّ مِنْهَا عَرْضَةُ الزَّوَالِ وَالْهَلَاكِ وَالْإِبَاقُ هُوَ الْهَرَبُ وَالْآبِقُ هُوَ الْهَارِبُ مِنْ مَا لَكَ قَصْدًا وَالْآبِقُ اخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقُومِي أَيْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ لِمَ فِيهِ مِنْ أَحْيَائِهِ إِذَا الْآبِقُ هَالِكٌ فِي حَقِّ الْمَوْلَى فَيَكُونُ الرَّدُّ أَحْبَابًا لَهُ وَأَمَّا الضَّالُّ وَهُوَ الَّذِي لَمْ يَهْتَدِ إِلَى طَرِيقِ مَنْزِلِهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ فَقَدْ قِيلَ إِنَّهُ كَذَلِكَ وَقَدْ قِيلَ تَرْكُهُ أَفْضَلُ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَبْجِدُ الْمَالِكُ وَلَا كَذَلِكَ الْآبِقُ ثُمَّ أَخْذُ الْآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ هَذَا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ السُّرْحَسِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ وَأَمَّا اخْتِيَارُ شَمْسِ الْأُئِمَّةِ الْحَلَوَائِيِّ فَهُوَ أَنَّ الرَّدَّ بِالْخِيَارِ أَنْ شَاءَ حِفْظُهُ بِنَفْسِهِ وَأَنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى الْإِمَامِ وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَالضَّالَّةُ الْوَاجِدُ فِيهِمَا بِالْخِيَارِ وَقَوْلُهُ ثُمَّ إِذَا دَفَعَ الْآبِقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ وَلَنَا أَنَّ الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى وَجُوبِ أَصْلِ الْجَعْلِ إِلَّا أَنْ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَادُونَهَا قَالَ عِدْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي جَعْلِ الْآبِقِ دِينَارًا وَاثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا وَقَالَ عَلِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي جَعْلِ الْآبِقِ دِينَارًا وَعَشْرَةَ دِرْهَمًا وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَقَالَ عِمَارُ بْنُ يَاسِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

منه ان رده في المصرفه عشرة دراهم وان رده من خارج المصراستحق اربعين فاوجبنا
 الاربعين في مسيرة السفرو مادونها فيداد ونه توفيقا وتلقيقا اي جمعابين الروايات المتعارضة
 فان قيل كان الواجب ان يوخذ بالقل المقادير لثيقته اجيب بانه لم يوخذ بالقل
 لان التوفيق بين افاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتنى بالقل على ما اذ ارده
 مما دون مسيرة سفر وقول من افتنى بالاكثر على ما اذ ارده من مسيرة سفر وهذا أولى
 لانه يعدل بكل منهما وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم
 وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي اللاحاق دلالة لانها تقتضي التساوي
 بين الاصل والمحقق وليس بموجود قوله ويقدر الرضخ تفصيل لقوله وان رده لاقل من
 ذلك فبحسابه فان عدلوا بالتسمة كان لكل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم قيل والاشبه
 التفويض الى رأي الامام وقوله والمدبر وام الولد في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة
 الثمن لانهما مما لو كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة الثمن وتعليل المصنف رحمه الله
 بقوله لما فيه من احياء ملكه أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد
 لا مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانهما يعتمقان بالموت باطلاقة ظاهر في حق
 ام الولد وفي حق المدبر الذي لاسعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال
 سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر
 مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب والحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه
 وهو اي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس
 ان يستحق كل من ذى الرحم المحرم الجعل اذ لم يكن في عياله لكن استحسنت فقيل
 اذ وجد عبد ابه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على ابه من جملة الخدمة
 وخدمة الاب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك واما اذا وجد الاب عبدا ابه وليس
 في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلايتنا ولهم اطلاق

الكتاب ابي القدوري وهو قوله ومن رد الآبق علي مولاه من مسيرة ثلثة ايام **قوله**
 وان ابق من الذي رده اذا ابق الآبق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اى
 لاضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا شهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ
 علي هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اى نسخ
 مختصر القدوري انه لا شيء له اى لا جعل للراد ان ابق الآبق منه وهو صحيح ايضا لانه اى
 الراد في معنى البائع من المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيد المولى
 بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا سقط الجعل
 واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا
 انه امانة عنده ولو اعتقه المولى اى اعتقه قبل ان يتقبضه وقت لفائه صار قابضا بالاعتاق
 فيجب عليه الجعل واشاء بقوله بالا اعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصرف قابضا والرد
 بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد المشتري
 قبل القبض واما التدبير فليس بالتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى
 يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها
 قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى
 ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد
 فلتهم من قبل ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل
 ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرير الجواب
 ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل
 هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى
 بالاباق فلا يكون داخل تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه
 اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الآبق رهنا سيأتي الكلام فيه في الرهن ان شاء الله تعالى وقوله

وقوله والجعل بمقابلة احياء المالمية فيه نظر لانه يازمه اذ ارد ام الولد ومائهم احياء المالمية عند
 ابي حنيفة رحمه الله واجيب بانه لا مالمية فيها باعتبار الرقة ولها مالمية باعتبار كسبها لانه
 احق بكسبها وقد احيى الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا اي العبد الآبق
 ان كان مديونا بان كان مأذونا له فلحقه الذين في التجارة واستهلك مال الغير واقربته مولاة
 وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء
 اذا اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان
 اي الآبق مؤهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد
 وانما ذكر ان الوصلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر
 الملك له وبقوله فعلى المولى ان يختار الفداء فعلى كلا التقديرين كان ينبغي
 ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه وجه الدفع ان المنفعة للواهب
 ما حصلت بالرد اي برد الآبق بل يترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة
 والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل
 على الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له
 لفعل ورد الراد اجيب بان الامر كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل آخرهما
 وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك يضاف العتق اليه آخرهما وجودا
 كذا هذا وقوله وان كان لصبي الى آخره ظاهر

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر هذا الكتاب ههنا والمفقود مشتق من فقد وهو في اللغة من
 الاضداد يقال فقدت الشيء اي ضلته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين منحقق
 في المفقود فقد ضل من اهله وهم في طلبه وذكر في الكتاب ما بديل على مفهومه

الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هوام ميت وقوله نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله ولا في نصيب له في عقار او هروض في يد رجل بان كان الشيء مشتركين المفقود وغيره وقوله وانما ابي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها واذا كان كذلك يعني ان وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة الا اذا رآه القاضي ابي جعل ذلك رأياه وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهد فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب القضاء وهوان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر او لا فان رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدث وفي القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد مثل الثمار ونحوها يبيعه القاضي ظاهر وقوله ومن الثاني الاخ والاخت انما كان من الثاني لانها نفقة ذي الرحم المحرم وهم مجتهد فيه فلا يجب الا بالقضاء او الرضى ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضاء وقوله فان لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعم في ماله وقوله وهذا ابي الذي ذكرنا من اتفاق الناضم عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا اي الاحتياج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة والنكاح والنسب جعل الدين والوديعة شيئا واحدا والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز من جواب القياس وهو قول زفر رح انه لا ينفق

فانه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس
 بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكن نقول المودع
 مقربان ما في يده ملك للغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه واقرار الانسان
 فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود
 وقوله لان القاضي نائب عنه اعترض عليه بان القاضي نائب من الغائب في
 القبض المحفظ ولا حفظ في القبض للاتفاق على هؤلاء فلا يكون نائبا واجيب بان
 القاضي نائب عنه في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جازله
 ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ
 فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى
 من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجب اذ
 كان للحفظ والدفع للاتفاق دفع للتلاف وقوله لان ما يدعيه على الغائب معناه ان
 الخصومة لا تسمع الا من المالك او نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لانه لم يوكله
 وهو ظاهر ولا حكمة لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها
 كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون النائب حكما الا في مثل ذلك
 وسيجي تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى **قوله** ولا يفرق بينه وبين امراته
 كلامه واضح وقصة من استهونه الجن اي جرنه الى المهاوي وهي الممالك ماروي
 عبد الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خنزيرا
 في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني
 ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف النخيل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا امر
 بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امرأتي بعد اربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت
 فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك رحمة الله وهذا

مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم ولا نه
 منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالابلاء والعنة والجامع
 بينهما منع الزوج حق المرأة ودفع الضرر عنها فان العنين يفرق بينه وبين امرأته
 بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولي وامراته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر
 عنها ولكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين فيعتبر في حقه مدتان في التربص
 بان يجعل السنون مكان الشهور فيتربص باربعة سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظاهر
 وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم مجمل وقوله
 وقول علي رضي الله عنه خرج لبيان ذلك المبهم وقوله وعذر رضي الله عنه رجع
 الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى رحمه الله عنه وقوله ولا معتبر بالابلاء
 جواب عن قياس مالك رحمه الله صورة النزاع على الابلاء وهو ظاهر فان الابلاء
 اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل
 ولا مؤجل وقوله ولا بالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد ما استمرت
 سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل فئات حقها على التأيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعا
 للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مر جوء قبل مضي اربع سنين وبعده **قوله**
 واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلفت روايات اصحابنا رحمه الله في مدة المفقود
 فروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا
 مضت هذه المدة حكمنا بموته قبل وهذا يرجع الى قول اهل الطبائع والنجوم فانهم
 يقولون لا يجوز ان يعيش احدا اكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت
 الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما تنفع الحاجة الى معرفته
 فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر المثل للنساء وبقاؤه بعد موت
 جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدين

الدنيا وفي الاقليم الذي هو فيه وقد ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروى من
 ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة لان الظاهر انه لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة
 سنة وقد ربعهم بتسعين سنة لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والا فليس وهو افعال
 التفصيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات النخبين
 ان لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه
 لو لم يقدر بشيء اصلا لتعطل حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما ذكر
 فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو وصى للمفقود ومات الموصي
 اي لا تصح الوصية بل توقف وذكر في الذخيرة اذا وصى رجل للمفقود بشيء فاني
 لا اقصي بها ولا ابطالها حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
 تحبس حصة المفقود الى ان يظهر حاله فكذا في الوصية والاعمل المذكور في الكتاب
 ظاهر وقوله وتصادقوا اي الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان
 الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع
 الثلثين الى البنين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر بان ثلثي ما في يده
 لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد
 لانهم لا بد عون لانفسهم شيئا بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر
 مستحقه هذا اذا اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت
 البنات البينة ان اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولا خيهما المفقود فان كان حيا
 فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما فانه يدفع الى البنين النصف
 لانهما بهذه البينة تثبتان الملك لابييهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب
 خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذ اثبت ذلك يدفع اليهما المتبقين وهو
 النصف ويوقف النصف الباقي على يدي عدل لان الذي في يده جحد فهو

غير موثمن عليه وإنما قيد بقوله والمال في يد اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالهما فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ أن لا يخرج شيئا من ايديهما لان النصف صار بينهما يمين والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يدي ولدي الابن المفقود فتطلب البنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود فانه يعطى البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يدي ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابييهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما ثلثين فكان النصف متيقنا به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقي النصف فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض وقوله ولو كان معه اي مع الحمل وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امرأة حاملا وجدة فان للجددة السدس لانه لا يتغير فرضيتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامرأة حاملا فان المرأة تعطى الثمن لانه لا يتغير فرضيتها وان كان مما يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امرأة حاملا واخا واما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائزان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان مما يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا فهم ابنتان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس التيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا للجددة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تستحق الام السدس وان كان ميتا تستحق الثلث كما في الحمل * كتاب

كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب المارة انساقنت الى ههنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالكين في الشركة ذكرها عقيبها وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها وأن لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم نعت الناس يتعاملون بها فقرروا عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكثير وهي على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر وقوله خلط يمنع التمييز رأسا كخلط الحنطة بالحنطة او لا يخرج خلطها بالشعير وقوله فانه لا يجوز يعنى البيع من الاجنبي الاباذن شريكه وقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدد سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخلط فاذا حصل بغير تعدد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عدلا بالشبهين وقوله فابا للوكالة احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياذ فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصة لاعلى وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفازعة من بينها مخصوصة بتضمن عقد البقالة ثم علل تضمن هذه العقود الوكالة بقوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه اي من عقد الشركة وشرح هذا ان هذه العقود انما

تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير
المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا وان يكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف
وفي النصف عا ملاً لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد وكيلًا عن
صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي على اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على
ذلك ان الشريكين اما ان يذكرا المال في العقد اولا فان ذكرهما ان يلزم اشتراط
المساواة في ذلك المال في رأسه و ربحه اولا فان لزم فهي المفاوضة والا فالعنان
وان لم يذكرها فاما ان يلزم اشتراط العمل فيما بينهما في مال الغير اولا فالاول الصنائع
والثاني الوجوه ومعنى البيت لا تصلح امور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن
لهم امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري
وهو جمع مزيل لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسري فقوله فلا بد من تحقيق المساواة
ابتداء وانتهاء اما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه واما الانتهاء فلان
المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية امتناع بعد عقد الشركة فكان
لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا في الانتهاء وقوله
وذلك اي تحقق المساواة في المال والمراد به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح
الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس
لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراد فاسد اي كل من الوكالة
والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل به رجلا وقال وكلتك بالشراء او بشري الثوب كان فاسدا
وكذا الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطالان فان قيل الوكالة
العامّة جائزة كما اذا قال وكلتك في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب
بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة في حق شري الطعام والكسوة لاهله
فان اله يكن ما ما كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز وقوله والجهالة متحملة تبعاً كما في

في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجودة في المضاربة وهي جائزة هناك
 تبعاً لذلك فهذا لا ترى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشترطه
 كل واحد منهما غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى
 دون اللفظ توضيحه ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة
 وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لتحقق التساوي اي في كونهما ذميين وقوله ولا تجوز اي
 المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر واعتراض على قوله ولهما انه لا تساوي في التصرف
 بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف فان المجوسي
 يتصرف في الموقوفة لا اعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف فيها وكذلك الكتابي بواجب
 نفسه للذبح دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفي والشافعي
 مع وجود التفاوت بينهما كما قال ابو يوسف رحمه الله واجيب بان عدم المساواة مبطل
 للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوفة لم يعتبر لان من يجعل الموقوفة مالا متقوما لا يفصل فيه
 بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واماموا جرة نفسه للذبح فان المساواة بينهما
 ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك
 العمل على ان يقيمه بنفسه او بنائبة واجارة المجوسي للذبح جائزة صحيحة يستوجب
 بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته وامامسئلة الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما
 ثابتة لان الادلة قامت على ان متروك التسمية عامد ليس بمال متقوم ولا يجوز
 التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعاً لثبوت ولاية الالتزام بالمحاجة فيتحقق
 المساواة بينهما في المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما
 لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله
 ان هو اي العنان قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص
 منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة ويراد معنى العنان كما يجوز اثبات

معنى الخصوص بلفظ العموم **قوله** وتعتد على الوكالة والكفالة أي وتعتد شركة المفوضة على الوكالة كعامة الشركات لتحقيق المقصود وهذا الشركة في المال على ما بيناه يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً وعلى الكفالة على معنى أن يطالب كل واحد من شريكي المفوضة بما باشره الآخر واليه أشار بقوله لتحقيق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوها جميعاً وقوله لأن مقتضى العقد تعاليل المستثنى منه وهو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا إشارة إلى هذا التعليل **قوله** وللبائع أي وللبائع الطعام والكسوة وقوله فمما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار أو صورة الشراء والبيع فظاهر أو صورة الاستيجار فهي أن يستأجر أحد المتنازعين تجارتهما أو أمانة أو شيئاً من الأشياء فللموَجِر أن يأخذ بالأجر أيهما شاء لأن الأجرة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لحاجة نفسه أو استأجره بغيره إلى مكة ليحج عليها فللمكاري أن يأخذ أيهما شاء إلا أن شريكه إذا أدى من خالص ماله رجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمرة وأن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المودى وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الآخر الجنابة ماى بنى آدم والكاج والخلع والصلح من دم العمد ومن النفقة فلو أدى رجل دلياً أحد المتنازعين جراحة خطأ لها ارش مقدراً واستحلته فحلف ثم أراد أن يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجنابة فلا يكون الآخر كفيلاً به إلا ترى أنه لو ثبت بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من وجبها شيء ولا خصومة للمجنني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح من جنابة العمد والنفقة إذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا وصورة الخلع ما إذا كانت المرأة عتدت عقد المفوضة ثم خالعت مع زوجها فمالزم عليهما من بدل الخلع لا يلزم لشريكها وكذلك

وكذلك لو اقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا تبين صورة غيره وقوله ولو كفل
 احدهما ظاهراً وقوله ولو صدر يعني عقد الكفالة وانما قيد بحال المرض لان المريض لو اقر
 بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها
 بلا في حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه
 المفوضة يعني وجاكتها هنا الى البقاء اذا المطالبة بتوجه بعد الكفالة لانها حكمتها فلما
 لزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي
 وغيره لان كلامنا ثم في الابتداء بانه هل يلزمه او لا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم نعتبر
 ههنا لان الابتداء ثم محتاج اليه ولا كذا لك ههنا لصحة الابتداء لكون الضامن
 من اهل الضمان دون الصبي وقوله لم يصح ممن ذكره يريد به الصبي والعبد الماذنون
 النخ واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله يعني ان فيه روايتين قال في المبسوط
 يعني ان اقراض احدا المتقاضين يلزم لشريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة
 وعندهما لا يلزم لشريكه لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو امانة اي ولئن سلمنا ان اقراض
 احدهما المتقاضين لا يلزم صاحبه فانما لا يلزم لان الاقراض امانة لا معاوضة بدليل
 جواز اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فعلم بهذا ان
 ما يأخذ المقرض بعد الاقراض له حكم عين ما اقضه لا حكم بدله كما في الاعارة الحقيقية
 وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والاعارية جائز ولكن
 لا يلزم الماضي على ذلك التأجيل وتوله ولو كانت الكفالة بغير امانة متصل بتوله اذا
 كانت الكفالة بامره وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في
 شرح الجامع الصغير من عدم التفرقة بين ما اذا كانت بامره او بغير امانة لا طلاق
 جواب الجامع الصغير والمصنف رحمه الله تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث رحمه الله
 في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع

الصغير بانه محمول على المقيد وهو الكفالة بالا مولا نه حينئذ يكون معاوضة انتهاء والا فهو تبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله يعني في انه يلزم شريكه وعند محمد رحمه الله ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك وتلخيص تحرير المذهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف رحمه الله في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله بان محمد ارحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة رحمه الله ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه ووجه قول ابي يوسف رحمه الله ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان واجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ماك المغصوب والمستهلك بالضمان وكذلك يصح اقرار المأذون به ويؤاخذ به في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح وذلك معني قوله لانه معاوضة انتهاء **قوله** وان ورث احدهما ما لا بالتبوين اي المال الذي يصح فيه الشركة كالدراهم والدينار والفلوس النافقة بطلت للمفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء فكل ما ليس بشرط فيه ابتداء ليس بشرط فيه دواما لان لدوامه حكم الا ابتداء لكونه عقد غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك وتأمل في كلام المصنف رحمه الله تأمل ما لم بالتحقيق تدارك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلداومه حكم الا ابتداء حتى انها لا يبقى بموت احد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل لعدم

لعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لاننا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء وتضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فيحصل لنا ما نحن فيه من القول بان كل ما هو عقد غير لازم يكون لدوامه حكم الابتداء واما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس كنفسها وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذا لا تفسد بقاء

فصل

لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصلها عما قبله في فصل على حدة وقال ولا تنعقد الشركة ابي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدرهم والدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيها فان المفاوضة تجوز في شركة الوجوه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظر لما تقدم من قوله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها صنيع ابي حنيفة رحمه الله في المازعة ثم قوله لانها عقدت يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون تقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به وقوله بخلاف المضاربة يعني ان المضاربة مختصة بالدرهم والدنانير لان القياس يابى جوازها لما فيها من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مالم يضمن مضمون على المضارب فلا يستحقه رب المال لانه لم يعمل في ذلك الربح فلا يسمح الا فيما ورد الشرع به وهو الداهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل

في ذلك المال فتستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولئانه ان يؤدي الى ربح مالم يضمن وبيان ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما رأس ماله باضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في بيع احدهما فحينئذ يأخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذا الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان المثل والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح ربح ماضى ومعنى قوله وتفاضل الثمان اي فضل احدهما على الآخر كما ذكرنا واما تناضلهما معا فمحال وقوله ولان اول التصرف في العروض دليل آخر وقد قرر في النهاية على وجه يجزى الى ربح مالم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة لتجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد رحمه الله وقد باعيا نهما بالظهر ثمرة الاختلاف فانه لو باع فاسين لواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلو جرد النسيئة في الجنس الواحد واما عند محمد رحمه الله فلهذا ولعني التمنية واما اذا كانت باعيا نهما فعندهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز وسيجيء تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى وقوله والاول يعني كون ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على

على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد بالاثنتين في القلوس عندهما كان للقلوس حكم
العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يصح المضاربة بها اي بالقلوس النافقة **قوله** ولا يجوز الشركة بما سوى ذاك كلامه واضح
والمراد بقوله في الكتاب مختصر القدوزي وقوله تصلح رأس المال فيهما اي في الشركة
والمضاربة وقوله وهذا لما صرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لانهما اي
الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك
في المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانها اي لان مثاقيل الذهب والفضة وقوله الا
ان تجرى التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة
بمثاقيل الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ تجوز الشركة بها
كذا قيل والاولى ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص
بدلالة السياق وقوله ولا خلاف فيه اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون
قبل الخط فيما بينهما وان خطا ثم اشتركا فيه الخلاف المذكور في الكتاب وذمة الخلاف
تظهر عند التسامى في المالين واشترط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف رحمه الله
لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله
الربح بينهما على ما شرطان ظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رحمه الله لانه اي المذكور
من المكيل والموزون والعددي المتقارب تتعين بالتعيين بعد الخط كما تتعين قبله وهو
ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح
المال يضمن ووجه قول محمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب
ثمن من وجه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه تتعين
بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين يعني الخط وعدمه فلشبهها بالمبيع
قلنا لا تجوز الشركة بها قبل الخط ولشبهها بالثمن قلنا تجوز الشركة بها بعد الخط

(كتاب الشركة * فصل)

وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقوينا
وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة الملك فيما كد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض
لانها ليست نمنا بحال ولواختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلط لا تنعقد
الشركة بها بالاتفاق فمحمد رحمه الله يحتاج الى الفرق وهو ما ذكره ان المخلوط من
جنس واحد من ذوات الامثال حتى ان من اثلثه ضمن مثله فيمكن تحصيل
رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فتزول الجهالة ومن جنسين
من ذوات القيم فان من اثلثه بضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة
العروض فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط فديناه
في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير وما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب
الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله فديناه بالفظ الماضي
ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنيينه والذي بينه في كتاب الوديعة
ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك
الى الضمان **قوله** واذا اراد الشركة لما كان جواز مقد الشركة منحصر في الدراهم
والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضيق على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد
بالعروض توسعة على الناس فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما
نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله
بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثلثين فكان
الربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف رحمه الله وهذه
شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصالح رأس مال الشركة واستشكله الشارحون بانه
لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يخرج الى قوله ثم عقدا الشركة وبان العروض
لا تصالح رأس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر اما

أما إذا باع فهو الحيلة في جوازها ثم أجاب بعضهم بأن معنى قوله ثم عقد الشركة شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لأن غرض القدوري بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناه أنها شركة ملك وأن عقد الشركة لأن هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضاً ونظم كلام المصنف رحمه الله لا يساعده وأنا أنكر لك ما ذكره شيخني وشيخ العلامة عبد العزيز رحمه الله في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لأنه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين أحدهما ربح مالم يضمن كما بينا وأثنائي جهالة رأس المال فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصفه الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الإسلام واختاره صاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لأن رأس المال صار معلوماً وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من ماله ماربح مضمون عليهما فيجوز ولهذا لو باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عانا أو مفاوضة يجوز لزوال الجهالة لصيرورة العروض مشتركة بينهما فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز إلا أن يكون مضافاً إلى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الإضافة لأنه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة وصاحب الهداية أنه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد رحمه الله لزوال الجهالة أصلاً لأنها من ذوات الأمثال وبخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تباعاً وقد تدخل

في العقد تبعاً لما لا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعاً للارض ثم المصنف رحمه الله اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا ان العروض لاتصلح رأس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للتوضي ان ينوي الطهارة ثم عدل المصنف رحمه الله بقوله فالتية في البوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة وقوله يبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربع مائة درهم مثلاً وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله اخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما **قوله** واما شركة العنان هذا عطفي على قوله في اول كتاب الشركة فاما شركة المفأ وضه والعنان مأخوذ من من اذا عرض سمي به لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه مأخوذ من عنان الفرس لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي وكلامه ظاهر وقوله كما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطه ان يكون المتصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ويصح ان يتساويا في المال وان يتفاضلا في الربح وجملة القول في ذاك انهما ان شرطاً العمل عليهما وشرطاً التفاوت في الربح مع التساوي في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا وان عمل احدهما دون الآخر او ما اذا شرطاً العمل على احدهما فان شرطاً الربح بينهما على قدر رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطاً الربح للعامل اكثر من رأس ماله جاز الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرط الربح للدافع اكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل.

العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما ابداً قوله وهو
قول زر والشافعي رحمهما الله واضح وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان
والوضيعة على قدر المالين رواه اصحابنا في كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه
وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي وقوله كما في المضاربة اعترض عليه بانه
اذا احقتم هذا العقد بالمضاربة صار في النقد يركأ نه قال اعمل في مالك وربحه لك
واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد
وقد جوزتم هذه الشركة وأن شرط عملهما واجب بانه ليس هذا العقد مضاربة
من كل وجه على ما سنده كره انه يشبهها من وجه فلا يلزم ان يأخذ حكمه من كل
وجه وقوله بخلاف اشتراط جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما
لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجماع العدل بالربح على التقسيط على قدر المال
ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة الى
قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضاً وان شرط لرب المال صار
بضاعة وهذا العقد لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل
في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة المفاوضة اسما وعملاً فانهما يعملان معاً فعملنا
بشبه المضاربة ولنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان فان اشتراط زيادة الربح موجود
في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان
اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ماله يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى
لا نبطن باشتراط العمل عليهما **قوله** ويجوز ان يعقد هائل واحد اي يجوز ان يعقد
شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست
بشرط فيه اي في هذا العقد ان اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة
بتاويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه يعني ما ذكره في

اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح مالم بضمن وقوله ويجوز ان يشتركا ظاهر وقوله
 فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او
 من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع
 يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة
 الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل لبطلان ما تضمنها
 من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعاً وما الوكالة المفردة
 كمن وكل رجلاً بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل قال فخر الاسلام
 في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل
 التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف رحمه الله انها تتعين فيها بالقبض
 فعلى هذا في المسئلة روايتان وقوله لانه مارضى بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي
 لم يهلك ماله مارضى بشركة صاحبه الذي هلك ماله الا على تقدير بقاء ماله ليشتركة
 في ماله كما يشتركه هو في مال هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه ظاهر
 وقوله ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله خلافاً للحسن بن زياد رحمه الله وفائده
 تظهر في جواز بيع الكل فعند محمد رحمه الله ايها باعه جاز يبعه لان الشركة قد تمت في المشتري
 فلا تنقبض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعاً وعند
 حسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال
 كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخروا ما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما
 في المتاع شركة ملك وقوله قد بيناه اشارة الى قوله معناه اذا ادى من مال نفسه الى آخرة وقوله
 اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر واضح وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه
 وكيل من جهته وقوله انه بالخط اي الشركة في الاصل على تأويل الاشتراك وقوله
 وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان

لان المحل اى محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط
 تعيين رأس المال ولما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن مستندة الى المال
 بخلاف المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال
 فيستحق الربح عماله على عمله وقوله هذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال
 حتى يعتبر اتحاد الجنس يعنى بناء على اصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال احدهما
 دراهم والآخردنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزرر والشافعي رحمهما الله
 وكذلك ان كان رأس مال احدهما بيضاء والآخرسوداء **قوله** ولا يجوز شركة التقبل
 على قول زرر والشافعي رحمهما الله لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى
 العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد
 يسمى شركة المال فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه واما ان كل ما هو مستند اليه هو
 الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبينا عليه وذلك حد الاصل
 وانما عبر عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف
 يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصاله وفي
 بعضه بطريق الوكالة فكان العقد حلة العلة وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز
 ان يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم
 في الفرع وهو الربح وأن لم يختلط المالان والدليل الثاني هو قوله ولان الدراهم
 والدنانير لا تعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما
 بطلت الشركة بهلاك المال قيل ان يشترى به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك
 بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك ببقائه اجيب
 بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك
 الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين ولا شركة مع التمييز كما

في العروض واجب بان علة فساد الشركة في العروض ليست عدم التميز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح مالم يضمن وقوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هنا خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذ ابطال ذلك الاصل بطل الفروع المبنية عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح. وتصح شركة التقبل، وقوله ولا تجوز الشركة واضح وقوله ونظيرة في المضاربة يعني اذا شرط لاحد هما قفزان مسماة كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المضاربة ان يكون الخارج بينهما شائعاً **قوله** ولكل واحد من المتفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفوضة اوعنان ان يفعل وان لا يفعل يجوز له ان يضع المال لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز العمل به ولان له ان يستاجر على العمل لحصل الربح دون الشركة بلا خلاف وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يضع لان الاستيجار نحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد الا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستغدا بعقد الشركة لانها دون الشركة فيتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان الشركة يعني في المضاربة فير مقصودة وانما المقصود نحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه احد الشريكين كما لو استاجر اجبر العمل فانه يجوز قولاً واحداً فهذا اولى لانه يحصل بدون ضمان في ذمته فان المضارب اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء بخلاف الاجارة

الاجارة فان الاجرا اذا عمل في التجارة ولم يحصل شيء من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جازله ان يكاتب عبدة والعبد المأذون له ان ياذن لعبدة فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب واسبابه وهذا من اسباب الكسب المطلقة لهما لانه من المستتبعات وقوله وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا اعلى حالا من الثابت في ضمن شيء آخر لا محالة والوكيل الذي كانت وكالته مقصودة ليس له توكيل غيره فالوكيل الذي ثبتت وكالته في ضمن الشركة كيف جازله ان يوكل غيره واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهة وجه القياس في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا اعلى وجه البديل احتراز عن المقبوض على سوم الغراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لاجل الوثيقة **قوله** واما شركة الصنائع كلامه ظاهر وقوله لا يفيد مقصودا هما اي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودا هاتفا المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين بادننى ملائسة وهو يلبس الشريكين بعقد الشركة قوله ولا يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لما لك وزفر رحمهما الله فالان اتفقت الاعمال كالتصاريين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما ما جز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ان المقصود منه التخصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان واختلافهما اما الاول فلان التوكيل يتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل

(كتاب الشركة * فصل)

بيديه بل له ان يتيم باصوانه واجرائه وكل واحد منهما غير ما جز من ذلك فكان العقد صحيحاً وأما الثاني فلان احدا الشريكين لو عمل في دكان والآخري في دكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فإن قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر والشافعي رحمه الله في مسئلة الخلط ان شركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمه الله في جوازها اذا كانت الاعمال ممتعة اجيب بان زفر رحمه الله في هذه المسئلة اعنى الخلط قولان فذكر المصنف رحمه الله في تلك المسئلة حكم الرواية التي يشترط فيها خلط المال وذكرها بحكم الرواية التي لا يشترط ولكن في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايين افتراء قبل ظاهرة متناقض وقوله ولو شرط العمل نصفين اي اذا شرط في شركة التقبل ولم تكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثاً جاز استحساناً والقياس ان لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتاديبه اليه اي الى ربح مالم يضمن وصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء وأما اذا شرط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه ايضاً وقوله ولكننا نقول بيان وجه الاستحسان ما يأخذه كل من الشريكين ما يأخذه ربحاً لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس ولهذا قالوا لو استأجروا را بعشرة دراهم ثم أجروا بثوب يساوي خمسة عشر جاز كما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال عمل والربح مال فكان ما يأخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضى بقدر معين كان ذلك بينهما تقويماً للعمل فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم لانه لم يتاد الى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمهما دراهم كانت او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح مالم يضمن تقريره لوجاز اشتراط زيادة الربح

الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لاجتزاء في المضاربة وانما جاز فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه ولا ضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح مالم يضمن فلا يجوز **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ظاهر وقوله ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ دافع الاجرة الى كل واحد من الشريكين قبل ويجوز ان يكون معناه ويبرأ الدافع اي كل واحد من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحب الثوب مثلاً لو اخذ احد الشريكين ثوباً للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغاً الى صاحبه برئ من الضمان وقوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو العنان استحسان اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقيام خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تذكر وانما هي منقضية المفاوضة فلا يثبت معها ماليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ان

ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اي ولكون العمل مضموناً على الآخر يستحق الآخر الاجر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الاجر لان الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البديل وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطلوب فتأمل وانما قيد بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشبهين لان فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر احدهما بدين من ثمن اشنان او صابون او اجر اجبروا واجرة ثبتت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الابينة ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة **قوله** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشتركا ولا مال لهما على ان يشتربا بوجوههما

اي بوجهيهما واما نتهما عندا الناس صحيحة عندنا على هذا اي على كونهما يشتريان
بوجهيهما سميت شركة الوجوه لانه لا يشتري بالنسبة الا من كان له وجاهة عند الناس
وانها تصح مفاوضة اذا كان الرجلان من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في
الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفين ويكون المشتري
بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه مما تقدم واذا اطلقت كانت
عنا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه جائزة
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل وهوان
الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لا تنعقد الشركة ولقلنا ان الشركة في الربح مستندة
الى العقد النح وقوله ولا يجوز ان يتفاضل فيه اي في الربح فان شرط لاحدهما الفضل بطل
الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله وهذا اشارة الى تحتم المساواة في اشتراط
الربح وقوله بالنصف فيد اتفاقا في انه يجوز ان يلحق باقل من النصف ولا يستحق بما سواها
فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهدائه ومثاله رأيه وتديره في الامور العامة
والخاصة وعمله بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان
في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا وقوله الا ترى توضيح لقوله ولا يستحق
بما سواها وقوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه هو الى المبحث لان تمام المطلوب يعنى
ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قيل
هو المشار الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه
ربح مالم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الى آخره
وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر على قدر الملك
في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه
يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست

ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بها قبل فيه نظر لان ربح مالم يضمن لوجاز في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب ان الضمان بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا اعتبارا له لكن انضم الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتباره حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مساهة او بصار الى مخاصة المعلوم في الاصول

فصل في الشركة الفاسدة

وجه فصل الفاسد من الصحيح وتأخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلان على المطلوب تقرير الاول ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به وهو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لانه صاف غير محل ولايته وتقرير الثاني ان التوكيل باخذ المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن يملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون امره لثلا يلزم اثبات الثابت ونقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه بدون امر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان معناه يملكه بدون امر الموكل بلا عقد وبصورة

النقص ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله فله معين اجر مثله بالغ ما بلغ عند
 محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد مر في
 موضعه ابي في كتاب الشركة من المبسوط قبل تقديم ذكر محمد رحمه الله على
 ابي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا تقديم دليل ابي يوسف رحمه الله على دليل
 محمد رحمه الله في المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد رحمه الله على قول ابي
 يوسف رحمه الله ووجه قول ابي يوسف رحمه الله انه رضي بنصف المجموع ان كان ذلك
 مجهولا في الحال لانه يعلم في المال فكانت جهالة على شرف الزوال فانه بعرضية ان يصير
 معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا
 بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن
 مطالبة الزيادة ووجه قول محمد رحمه الله انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة
 المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقد رايت لا يدري اي نوع من الحطب
 بصبيان فاي قدر منه يجمعان ولا يدريان ايضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة
 او لا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى
 من الحطب او غيره لان الرضاء بالمجهول لا يتحقق فيجب الاجر بالغ ما بلغ الا ترى
 انه لو اعانه عليه فلم بصيبا شيئا كان له الاجر بالغ ما بلغ فهنا اولى لانهما اصابا وقوله
 واذا اشتركا ولا أحدهما بغل وللآخر رواية الراوية في الاصل بعبر السقاء لانه يروى
 الماء ابي بحمله ثم كثر حتى استعمل في المزايدة وهو المزايدة هنا قال ابره بيدة المزايدة لا يكون الا من
 جلدتين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاود ومزائد وقوله لان الربح فيها تابع للمال
 فيقدر بقدره وفيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع وكونه تابعا للمال
 انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد
 اذا كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا

اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها يضاف الى الشرط والربح عبارة من الزيادة يقال اخرجت الارض وبعاني فلة لانها زيادة وقوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكر في باب احكام الموتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتد او حكم بلحاقه الى قوله ولنا انه بالحق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام الى آخره وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما التحول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا يرى ان الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة قد ثبتت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع واجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لاتصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله الى ذلك آنفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروع بدونه وقوله لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم *

فصل

لما كان احكام هذا الفصل ابعده عن مسائل الشركة من قبيل انها ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره وقوله اما اذا ادبامعاضن كل واحد منهما نصيب صاحبه يعني عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اذا نقص ماله على يد الوكيل الادفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله ولانه عزل حكمي اعترض عليه بانه بشكل بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بآداء

العزل الحكمي هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل المودى مضمونا على القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثلها وذلك بتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداؤه موجبا عزل الوكيل حكما وبوضح الفرق ان هناك لولم يوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمنه ان كان هالكا وههنا لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمنه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال وأعرض عليه ايضا بان زكوة كل واحد تسقط عنه بعد اداؤه فيترب عليه عزل وكيله وحال ما يودى عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء واجيب عنه يانه امره باداء الزكوة منه في حال استقرار الزكوة على الامر وعند ما يودى الموكل من نفسه الزكوة الحالة حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة استقرار الزكوة فكان اداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما امره لذلك فيضمن وقوله وامادم الاحصار جواب عن قوله فصار كما للمور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعري فعل المامور عن المقصود فيضمن بخلاف اداء الزكوة فانه واجب فكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وحصل هذا المقصود باداء الامر عن نفسه فعري فعل المامور عن المقصود وقوله واذا اذن احد المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلها انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام .

الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه ادى ديناً عليه خاصة لان الملك واقع له خاصة بدليل حل وطئها والتمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولا يحنيفة رحمه الله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات وادى المشتري منهما من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنه من مال الشركة فانه لا يرجع عليه صاحب شيء كما لو اشتراها قبل الاذن وادى منهما من مال الشركة فانه لا يرجع عليه شيء وبين دخولها في الشركة بقوله جرياً على مقتضى الشركة اي شركة المناوضة فان ذلك يقتضي دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة فتحته وشرائه الجارية ليس بمستثنى فيدخل تحتها لانها لا يملكان بغير مقتضى الشركة مع بقائها الا ترى انها لو شرطتا التنازل بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب بانه كان يحل وطئها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه كان مما توهم ان يقال كيف حال عدم اذن وهناك لم يحل وطئها وبعد الاذن يحل فزال ذلك بتوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطئ لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن ان يقال حل الوطئ بناء على انه اذا اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به ما ذكر آنفاً من قوله جرياً على مقتضى الشركة فانبته بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه قال اشتر جارية بينا وقد وهبت نصيبى منها لك فجازت الهبة في الشائع لان التجارية مما لا يقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنهس العقد فكان مؤدباً ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى ديناً عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وفيه بحث من وجهين احدهما انه من قال اعتق

عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والبعث
يقع من المأمور لا انتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني
ان الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطى والملك لا يثبت
في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان قال لغيره احللت لك وطى هذه الجارية
لا تصير ما كان للمخاطب حكما للهبة بالا حلال والجواب عن الاول ان ذلك انما لا يصير
هبة لا انتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء
على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني ان المصنف رحمه الله اشار الى
ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت شيء ضمنا ولا يثبت قصدا وقوله وللبيع
ان يأخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على
اصل المال وهو مصدر وقف الدابة وقفا ووقفها يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار
على المساكين وقفا ووقفها لغة رديئة وعرفه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بانه
حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه ان يكون الواقف
حرا عاقلا بالغ وكون المحل غير منقول وركنه ارضه وهذه صدقة موقوفة مؤبدة على
المساكين وحكمه خروج الوقف اى الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في
ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة رحمه الله يقتضي ان لا يصح
الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله وهو راجع الى
قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو المملوك في الاصل يعنى المبسوط ولكنه نقل ههنا بالمعنى
لابعين لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة رحمه الله فكان لا يجيز ذلك ثم قال فمراده انه

انه لا يجعله لازماً فاما اصل الجواز فثبت عنده كالعارية بصرف المنفعة الى جهة الوفاء
وتبقى العين على ملك الوفاء فله ان يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم
الابطار يقين قضاء القاضي بازومه لكونه محتهدا فيه واخراجه مخرج الوصية بان يقول
اوصيت بغلة دارى فحينئذ يلزم وعندها هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى
فيقول ملك الوفاء عنه الى الله تعالى على وجه يعود المنفعة الى العباد فيلزم ولا يباع
ولا يوهب ولا يورث وقوله والنظر اي انظر الوفاء ينظمهما اي يتناول ما قاله ابو حنيفة
رحمه الله وهو حبس العين على ملك الوفاء وما قاله وهو حبس العين على حكم
ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من دليل مرجح ثم ابتدأ ببيان
دليلهما بقوله لهذا قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله تعالى عنه روى صحابته
جوية عن نافع ان عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت
تخلأ نفيسا فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استقدت ما لا وهو عندي نفيس
انا تصدق به قال تصدق باصله لا يباع ولا يتهوب ولا يورث ولكن امنفق من ثمرته
فتصدق به عمر رضي الله تعالى عنه في سبيل الله وفي الرقاب والضياف والمساكين وابن
السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على امرئ عليه ان يأكل بالمعروف او يوكل صد يقاله
غير متمول وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله تعالى عنه بخير حين قسم رسول الله
صلى الله عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لقبها وهي بفتح التاء المثلثة وسكون الميم
والعين المعجمة وقوله اذله نظير في الشرع وهو المسجد لبيان نفي استبعادان يخرج
من ملك الوفاء فلا يدخل في ملك غيره فان اتخذ المسجد لازما بالاتفاق وهو اخراج
للك البقعة عن ملكه من غير ان يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة
قصدها فكذلك في الوفاء ولا يخفى رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس
من فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم

(كتاب الوقف)

يحصلون هذا الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام
ويقولون الشرع ابطال ذلك كله ولكننا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق
يكون فيه حبس عن الميراث الاما قام عليه دليل وقوله جاء محمد صلى الله عليه وسلم
بيع الحبيس يدل على ان لزوم الوقف كان من شريعة من قبلنا وان شريعتنا ناسخة
لذلك وقوله كالسائبة السائبة هي البائة التي نسيب لئذروا كان الرجل يقول اذا قدمت من
سفري او برئت من مرضي فناقني سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسيب لئذراهل
الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من ان تكون مملوكة منتفعا بها فانه لو سبب ابته
لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره وقوله بخلاف الاعناق جواب
عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العنق فانه ازالة الملك
الثابت من العبد من غير تمليك لاحد وقوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف
على المسجد وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القندوري لا يزول ملك الواقف الا
ان يحكم به الحاكم او يعلقه بهونه صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المنولي ثم يريد ان
يرجع عنه فينازعه بعد الزوم فيختصمان الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله
فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشائخ رحمهم الله اختلفوا على قول ابي حنيفة
رحمه الله فقيل يزول الملك بالتعاقب بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه
فالتعليق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان
الوقف تصدق بالمنفعة والغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة دائما
ولا يمكن التصديق بها كذا الا اذا بقي اصل الموقوف عليه على ملكه الا انه تصدق
بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيأزمه والمراد بالحاكم المولى اي الذي
ولاة الخليفة عمل القضاء واما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة بالتعاق
الخصمين ففيه اختلاف المشائخ رحمهم الله قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى واما

واما حكم الحاكم في اليمين المضافة وسائر المجتهديات فلا يصح انه ينعقد لكن لا يفنى به وقوله
قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة
رحمه الله بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم منده ثم قال الطحاوي رحمه الله في مختصره
وقد روى محمد بن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز في
صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف رحمه الله الصحيح انه لا يلزم عند
ابي حنيفة رحمه الله لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع
الارث كالعارية وهذا يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال
وقوله وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه اي يثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتمليك
من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصد اياً أخذ التملك من الله
تعالى حكم التملك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله فيمنزل منزلة الزكاة
والصدقة يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة
تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم
الى الفقير **قوله** واذا صح الوقف على اختلافهم اي اذا صح الوقف على ما
اختلف فيه المشائخ رحمه الله من انه يصح عندهما ولا يصح عند ابي حنيفة رحمه
الله على ما مر الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني
على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملكه جازله اخراجه عن ملكه كسائر املاكه ولما انتقل الى من بعده مدن شرط الواقف
لكن ليس كذلك جلا لتفاق وقوله يحب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره
اعتراض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا
الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة رحمه الله في حق زوال الوقف عن ملك
الواقف واما على قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل

الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج من الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته الى كذا وجعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب من الاول ان ما ذكره في الكتاب ههنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما هو في اللزوم والصحة لا يستلزم اللزوم وكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رحمه الله الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح الوقف قول الكل سلمنا ان الصحة ههنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمه الله لان الوقف عنده معروف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قرينة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه الا يرى ان القريان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الواقف كذلك بخلاف العبد فانه يصير مائلا لما فعه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فلا صل فيه الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء العاكف فيه والباق فعلنا ان الله تعالى لم يول التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحق بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القسمة للحيازة والحيازة فيما يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رحمه الله لا خلاف بينهما ان القسمة فيما يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط او لا فعند ابي يوسف رحمه الله ليس بشرط فكذا تمامه وعند محمد رحمه الله شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد رحمه الله ايضا يجزه فيعتبر به الهبة والصدقة المنقذة اي الصدقة الخاصة المملوكة التي الفقير وهو احرازه من الصدقة ما وفوته وهي ما نحن فيه وقوله لا في المسجد والمقبرة استثناء

استثنا من قوله ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله فإنه لا يتم مع الشيوع
 فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما راده الواقف من اتخاذ المسجد
 والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل
 القسمة لا يجوز أصلا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعد ما ما قبلها فان بقاء الشركة
 يمنع الخلوص على ما سيجيى واما بعد هـ فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير
 صالح لذلك لصغره فينبغي ان يكون بطريق المهابة والمهابة فيهما في غاية التقسيم الى آخر ما
 ذكره في الكتاب وهو ظاهر **قوله** ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا يتم
 الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله حتى يجعل آخره لجهة لا ينقطع مثل ان يقول
 علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلا ونال أبو يوسف رحمه الله اذا سمي
 فيه جهة تنقطع مثل ان يقف على اولاده او على امهات اولاده جاز وصار بعد الفقراء
 وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك يعني لا الى مالك
 وكل ما كان زوال الملك بدون التملك فإنه يتأبد كالعتق فموجب الوقف ما يتأبد
 كالعتق فوجب ان لا يتوقف عليه واذا كان الجهة يتوهم انقطاعها لا ينوفر عليه
 عليه اي على الوقف متصلا ولهذا كان التوقيت مبطلالة لانه ينافي موجه
 كالنوقيت في البيع قيل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة
 رحمه الله لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف عنده حبس العين على ملك
 الواقف فكان موجه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال ههنا موجه زوال
 الملك واجيب بان هذا قول محمد رحمه الله ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله والمذكور
 في اول الكتاب وهو قول أبي حنيفة رحمه الله في رواية اخرى فيكون عنه في المسئلة
 روايتان وقيل اراده ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ يخرج الوقف
 عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول

المصنف رحمه الله بحجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولا يبي يوسف
رحمه الله ان المنيصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه فيما اذا جعل
على جهة تنقطع لان التقرب تارة في الصرف الى جهة تنقطع واخرى الى جهة تتأبد
فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا
والى ملك ورثته ان كان ميتا ولتأمل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكره من
ابي يوسف رحمه الله لانه قال و صار بعدها للفقراء وان لم يسد بهم ذلك يدل على
ان التأييد شرط والجواب ان المراد من قول ابي يوسف رحمه الله امران احدهما
انه لا يشترط التأبيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف
رحمه الله اشار الى القول الاول والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل
ان التأييد شرط بالاجماع الى آخره وفي كلامه تعقيدا محالة وقوله وهذا على الارسل
اي ما ذكره القدوري رحمه الله من قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول على الاطلاق
منصودا او تبعا كراعا او غيره تعاوا فيه او لا قول الشيخية رحمه الله والاكرة جمع اكار
وهو الزراع كانها جمع اكرتديرا وقوله والبناء في الوقف اي في وقف الارض التي عليها
ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جازا فرد بعض المنقول يعني من غير
ان يجعل تبعا بشيء كما في المتعارف مثل الناس والقدم والمرعدة اي عند محمد
رحمه الله فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول تبعا لاي والمراد بالكرع ههنا هو الخيل
لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما مر ان من شرط التأبيد والتأييد لا يتحقق
في المنقول والمراد جل قدور النحاس وقوله الحافا لها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف
صحيح فكذا الكنب وذكر في فتاوى قاضيخان اختلاف المشائخ في وقف الكنب
جوزة الفقيه ابو الليث رحمه الله وعليه الفتوى وقوله كل ما لا يمكن الانتفاع به
مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير

والدنانير لاجله وهو الثمنية ولا يمكن الانتفاع بهما مع بقاء اصله في ملكه وقوله ويجوز بيعه احتراز
عن حمل الناقه والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده ايضا ولنا ان الوقف في المنقول
لا يتأبد وهو ظاهر وما لا يتأبد لا يجوز وقفه لان التأبد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات
كالدرهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتبارة بالعقار وقوله ولا معارضة
من حيث السمع جواب من قوله فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل ان لا يجوز
وقف الكراع والسلاح ايضا كالدرهم الا انا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع
وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض
من حيث السمع وهو ليس بموجود في المزرعة والقدم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة
على ذلك ووجهه ان لها معارضة من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع
كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس وقوله وهذا استظهار
على ان الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما لقوتهما ليس في معناهما
ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل اقوى من القياس فجاز ان يترك به
قوله واذا صح الوقف لم يجز بيعه اي اذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تملكه الا
ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رحمه الله فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله الا
ان يكون مشاعا استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة
العقار راجح فجعل كأنه بيع اتساعا اما امتناع التملك فلما بينا يعني ما روي من قوله
صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب وما ذكر من المعنى بقوله ولان
الحاجة ماسة الى آخره وقوله واما جواز القسمة ظاهر وقوله فهو الذي يقاسم اي
الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله خالص صفة عقار اي لو كان له
عقار مائة ذراع وهو خالص له لاشركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب
ان يكون القاسم ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا

ومطالباً فان مقاسم النصف الذي هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو
غير وقف ومالك النصف مطالب وهو الواقف نفسه القاسم لنصف الوقف فكان مطالباً
ومطالباً وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه او يبيع نصيبه الباقي من رجل
ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل دراهم
بان كان احد النصيبين اجود فدمت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة
او تراصبا على ذلك فان ادخل دراهم في القسمة لا يجوز الا بالضرورة وبالتراضي
على ما سياتي في كتاب القسمة ان شاء الله تعالى فلا يخلوا ما ان يكون الواقف
ياخذ الدراهم او يعطيها فان كان الاول لم يجز لانه يعطي بمقابلة الدراهم شيئاً من الوقف
وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري شيئاً بمقابلة الدراهم وبتفقه
وهو جائز وقوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ الحدیث وهو من جوامع الكلم
لا حرازة معاني جملة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه
ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة ايضا عليهم ثم ان كان
الوقف على الفقراء لا يظفر بهم اي لا يفوز المتولي بهم بعدم تعيينهم وعسرتهم واقرب
اموالهم الى المتولي هذه الغلة فيجب فيها وقوله ولو كان الوقف على رجل بعينه
ظاهراً وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني حتماً لانه قال فهو في ماله اي مال شاء وهذه
الغلة ايضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء
يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض اي لا يصرف غلة الوقف الى زيادة
عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف الى الفقراء وعند الآخرين يجوز ذلك
والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لازماً عليه اصح لما ذكره في الكتاب
وهو واضح وقوله وان وقف دار على سكنى ولده ظاهراً وقوله والاول اولي يريد به
اجارة الحاكم وعمارته باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة

الحجارة واستفيد ذلك من قوله لانه اولم يعمرها يفوت السكنى اصلا وقوله في حيز التردد
 بيانه ان الامتناع يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال
 ولر جائه اصلاح القاضي وعمارته ثم رده اليه وقوله ولا يصح اجارة من له السكنى
 اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير
 المالك ومن له للسكنى ليس بمالك ونوقض بالمبسأ جرفان له ان يوجر الدار وليس
 بمالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا اقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لئلا يلزم
 تملك منفعة معدومة ومن له السكنى ايحت له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام
 المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز التملك من المالك جواز تملك
 غيره **قوله** وما انهدم من بناء الوقف واليه مال صاحب النهاية وقوله وآلته
 يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف
 بان يلبى خشب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا على الموصولة وهو المنقول
 من الثقة لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقص بضم النون البناء المنتقوس وفي الصحاح
 ذكره بكسر النون لا غيره وقوله ولا يجوز على قياس في الوقف وقوله فقد قبل يجوز
 بالاتفاق ورواية المبسوط والخبرة واليتيمة وفتاوى فاضيل رحمته الله وهذا ظاهر
 على قول ابي يوسف رحمه الله فانه يجوز ان يشترط ذلك لنفسه واشتراطه لامهات
 اولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف
 ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط اشتراطه لهن لانهن يعتقن بموته فاشتراطه لهن كاشتراطه
 لسائر الاجانب **في** يجوز ذلك في حياته ايضا تبع لما بعد الوفاة وقد قيل هو على الخلاف
 ايضا وهو صحيح لان اشتراطه لهن في حياته اي اشتراط صرف غلة الوقف لامهات
 اولاده ومديرية وذكر الضمير تغليباً للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراطه لنفسه ثم
 اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جائز بدون واسطة عند ابي يوسف رحمه الله

ولا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى امهات
اولاده ومديره ووجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك
بالطريق الذي قدمناه اى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشتراط الكل او البعض
لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصا ركا لصدقة المنفعة فانه لا يجوز ان يسلم
قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض بقعة المسجد
لنفسه وقوله وشرط بالجبر عطا على قوله كالصدقة المنفعة ومعناه وشرط بعض بقعة المسجد
لنفسه لانه جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولا يبي يوسف رحمه الله ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد
منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالا جماع فدل على صحته وقوله
على ما بيناه اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع ابد ابقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك
بدون التملك والى قوله ولا يبي حنيفة رحمه الله ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع
ان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القرية ولو شرط الواف ان يستبدل به ارضا
اخرى اذا شاء ذلك جاز عند ابي يوسف رحمه الله كما هو مذهب في التوسع في الوقف
وعند محمد رحمه الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع
من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأييد في اصل الوقف بشرطه
ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا بنفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به
او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله
ولو شرط الواف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار عند ابي يوسف
رحمه الله بناء على توسعة كما مرو عند محمد رحمه الله الوقف باطل وانما قيد بقوله
ثلثة ايام لتكون مدة الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول

قول ابي يوسف رحمه الله ايضا وقوله وهذا اى الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جائز عند ابي يوسف رحمه الله فانه لما جاز ان يستثنى الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروى النظر فيه وعند محمد رحمه الله لما لم يجوز ذلك لم يجز اشتراط الخيار ايضا ولهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله لم ينقلب جائزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا وشرط الخيار يمنع التأبيد وكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس الوقف فكان المفسد قويا وقوله واما فصل الولاية فقد نص فيه ابي فقد نص التدويري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف رحمه الله بقوله وان اجعل الواقف الى قوله جاز عند ابي يوسف رحمه الله وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية وهذا بظاهرة لا يستقيم على قول ابي يوسف رحمه الله لان له الولاية شرط او سكت ولا على قول محمد رحمه الله لان التسليم الى المتولي شرط صحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي ولهذا اوله بعض مشائخنا رحمه الله وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد رحمه الله لان من اصله ان التسليم الى آخرة ومعناه اذا سلمه وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولي والدليل على ذلك ما ذكر محمد رحمه الله في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له الولاية بعد التسليم قال قاضيان رحمه الله وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد رحمه الله التسليم الى المتولي يشترط لصحة الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم الى المتولي لنفسه اما على قول ابي يوسف رحمه الله فالتسليم الى المتولي ليس بشرط فكانت

الولاية للواقف وأن لم يشترط وقوله ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهة استدلال لابي يوسف رحمه الله وعبر عنه بقوله ولنا إشارة إلى أنه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرحه

فصل

فصل احكام المسجد عما قبله بفصل على حدة للمخالفة: اقبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله ومنع الشيوع عند ابي يوسف رحمه الله وخروجه من ملك الواقف عند ابي حنيفة رحمه الله وأن لم يحكم به الحاكم وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم ولم يكن موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث منه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقف فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصديق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافته الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيه ما يوجب البقاء على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لا يكون له ان يرجع كما اوازال بالا عناق وكلامه واضح وقوله وعن محمد رحمه الله انه يشترط الصلوة بالجماعة وهورواية عن ابي حنيفة رحمه الله ويشترط مع ذلك ان يكون الصلوة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة رحمه الله فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة وقوله قد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله بقوله هما ان موجب الوقف زال الملك بدون التملك وانه يتأبد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سردابة وهويت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله فله ان يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر

ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال الله تعالى وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ اضاف
المساجد الى ذاته مع انه جميع الاماكن له فاقضى ذلك خلوص المساجد له ومع بقاء
حق العباد في اسفله وفي اعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله من ابي يوسف رحمه الله انه
جوز في الوجهين يعني فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رحمه الله انه
جاز ذلك كله اني ماتحته سرداب وفوقه بيت او سفلى او دكاكين وانما ذكر قول محمد
رحمه الله بهذا الطريق ولم يقل وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مع ان هذين القولين
فيهما في الحكم سواء ليتها له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص
ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله وقوله لما قلنا يعني من الضرورة
قوله وكذلك ان اتخذ وسط دارة مسجدا وسط بالسكون لانه اسم صميم لداخل ضمن
الدار لا شيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح ولا ندابقى الطريق لنفسه فلم يخاص
الله تعالى حتى لو عزل بابا الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد
واستغني عنه على بناء المفعول يبقى مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله الى ان قال عند محمد
رحمه الله يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيناه
فان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في ابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك
في الانتهاء وان ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا وحكي ان محمدا
رحمه الله مر بربلة وقال هذا مسجدا بي يوسف رحمه الله يريد انه لما لم يعد الى ملك
الناس يصير ربلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجدا
محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعل المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل
واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما اشار اليه استدلال ابو يوسف رحمه الله بانه سقط ملكه في
ذاك المتدار فلا يعود الى ملكه واستظهر بالكعبة فان في زمان الفترة ندكان حول الكعبة عبدة
الاصنام ثم لم يخرج موضع العبادة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذا في

أثر المساجد ومحمد رحمه الله يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا إلى قرية بعينها فإذا انقطع عاد الإلانة صار كحشيش المسجد وحصيرة إذا استغني عنه إلا أن أبا يوسف رحمه الله يقول في حصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر **قوله** ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً ظاهر وقوله بخلاف المسجد يعني أن حكم الحاكم والإضافة إلى ما بعد الموت ليس بشرط في المسجد **قوله** وذلك بما ذكرناه أي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه أي في السقاية والخان ورباط والمقبرة وقوله يكتفى بالواحد ظاهر **قوله** سكنى لحاج بيت الله تعالى والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سَامِرَاتٌ تَجْرُونَ والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رباط الجيش أقام في الثغر بأزاء العد ومراقبة ورباطا والله أعلم بالصواب وإلى المرجع والمآب *



الحمد لله الجليل الأكبر والصلوة على رسول محمد الأطهر على أتمام الجلد الثاني من العناية في شرح الهداية نهار رابع عشر من شهر رجب المرجب في بلدة كلكتة سنة ألف ومائتين وثلاث وخمسين من هجرة سيد البرية على صاحبها ألف صلاة ونحية بتصحيح الجهد الشهير مولانا حافظ أحمد كبير والفاضل المتبحر الفقيه النبیه المولوي محمد وجيه والعالم الذي هو بالتحقيق أحق المولوي نور الحق والفاضل الأعلى المولوي محمد مرتضى والعالم الأجدد المولوي مجيب أحمد جعل الله سعيهم مشكورا وعملهم مبرورا المهتم طبعها المنشي بابورام دهن سين راوي على يد رئيس الحاذقين المنشي ثناء الله

غلط نامه جلد ثاني عنايه



صححه	سطر	غلط	صححه	سطر	غلط	صححه
۱	۹	شروع	۸۳	۹	لا اتحاد	صححه
۱	۱۳	يجب	۸۷	۲۱	لخدم	تخدم
۳	۲۰	تحرم	۹۵	۱۰	اجنية	اجنة
۹	۱۶	الرضاء	۱۰۲	۱۹	تضع	تضع
۱۷	۱۹	لحرة	۱۰۸	۹	الله	الله
۱۹	۴۰	يعظمونها	۱۰۹	۷	بسة	بسة
۲۰	۷	توجد	۱۱۰	۱	يمضي	يمضي
۲۳	۱۳	يتزوجها	۱۱۱	۹	رسول	رسول الله
۲۴	۱	النكاح	۱۱۴	۲۱	الرضعة	الرضيعة
	۲۰	النكاح	۱۱۹	۱۸	يحدد	يحدد
۲۹	۴	الثاني	۱۳۴	۱۵	قوة	قوله
۳۳	۲۰	بنسبه	۱۴۳	۱۳	بينهما	بينهما
۳۶	۱۴	البنت	۱۴۹	۲۰	لم تحل	لم تحل
۴۱	۱۳	التزويج	۱۶۶	۲۱	اختر	اخترت
۴۴	۱۱	السب	۱۶۷	۵	لان الزوج	لان الزوج
۶۰	۱	المحبوب	۱۶۸	۹	ياها	ياها
ايضا	۱۶	حجب	۱۸۶	۱۳	مخيفا	مخيفا
۶۴	۲۱	تسحق	ايضا	۲۱	لادم	لادم
۶۷	۵	يلحق	۱۹۹	۱۷	على اخلاف	على اخلاف
۷۱	۲۰	يربوا	۲۰۰	۱۹	ان ثوت	ان ثوت
۷۶	۵	يضاف	۲۰۶	۸	حل المحلية	حل المحل
۷۷	۱۳	مقايضة	۲۴۴	۱۳	وكانت	لو كانت
۷۹	۲	الدخول او بعد	۲۲۶	۲	ولم يكن معهود	ولم يكن معهود

صحة	سطر	غلط	صحیح
٢٣٩	١٠	المباينة	المباينة
ايضا	١١	المباينة	المباينة
٢٤٢	٢	تستعمل	تستعمل
٢٥٢	١٨	يجاد	يجلد
٢٥٨	١٥	للزرج	للزرج
٢٦٠	٢١	نوم	نوع
٢٦١	١٧	اصدف	اضتف
٢٦٧	٢	يتريض	يتريض
ايضا	٩	حملهن	حملهن
ايضا	١١	لحمل	الحمل
٢٧٤	٥	تفتون	يفتون
ايضا	١٢	الاختيار	الاخبار
٢٧٨	١٣	الاخذاد	الاخذاد
٢٩٤	١٥	أبويه	أبويه
٢٩٨	٦	الجزية	الجزية
٣١٢	٨	رزقهن	رزقهن
٣١٤	١٩	إن أن	إن أن
٣١٩	٧	الميرث	الميراث
٣٤١	١	لقائل	لقائل
٣٤٤	١٠	أن لو	لو
٣٥٥	٨	لاستغناء	الاستغناء
٣٥٧	٢٠	هذه	هذه
٣٦٠	١٤	نمخص	نمخص
٣٦٣	١٦	درأ	درئ
٣٧١	٨	المستوفات	المستوفات
٣٧٢	٢١	لشهادة	الشهادة
٣٧٣	٢٠	درء	درئ
٣٧٣	٨	لا معتبرة	لامعتبر
٣٧٨	١١	الدارية	الدارية
٣٨١	١٢	الدارية	الدارية
٣٨١	١٦	الدارية	الدارية
٥٣٤	٩	كألمشتري	كألمشتري
٥٣٧	١٧	كألمشتري	كألمشتري
٥٤٧	١٥	جئجؤا	جئجؤا
٥٤٨	٢	تدعوا	تدعوا
٥٤٩	٣	فلا نعطيكم	فلا نعطيكم
٥٦٢	٣	مستثنيا	مستثني
٥٦٣	٢١	از	ان
٥٦٤	١٤	الغرة	الغرة
٥٦٩	١٨	يصلطعه	يصلطعه
٥٧١	٨	امراز	اعزاز
٥٧٢	٤٩	حبيب	حبيب
٥٧٣	٣	لم تثبت	لم تثبت
٥٧٣	٢٠	لمنسوب	المنسوب
٥٧٤	٢١	باخذ	ياخذ
٥٧٥	٩	مشتريا	مشتري
٥٧٥	٩١	المشتري	المشتري
٥٧٦	٣	لا افة	لانه
ايضا	٢١	ولا	اولا
٥٨٠	٦	حيث فيه	حيث يكون فيه
ايضا	٩	اخذو	اخذ
٥٨٦	١٦	اعترض	اعترض
٥٨٨	١٣	جواز	جواز
٥٩٠	٣	بنفقة	بنفقة
٥٩٢	٧	الجزية	الجزية
٥٩٤	١٩	لجري	لجري
٥٩٥	٢١	معقدا	معقدا
٥٩٨	٣	اما	و اما
٦٠١	١٦	لحساب	الحساب

صحة	سطر	غلط	صحیح
٢٣٩	١٠	المباينة	المباينة
ايضا	١١	المباينة	المباينة
٢٤٢	٢	تستعمل	تستعمل
٢٥٢	١٨	يجاد	يجلد
٢٥٨	١٥	للزرج	للزرج
٢٦٠	٢١	نوم	نوع
٢٦١	١٧	اصدف	اضتف
٢٦٧	٢	يتريض	يتريض
ايضا	٩	حملهن	حملهن
ايضا	١١	لحمل	الحمل
٢٧٤	٥	تفتون	يفتون
ايضا	١٢	الاختيار	الاخبار
٢٧٨	١٣	الاخذاد	الاخذاد
٢٩٤	١٥	أبويه	أبويه
٢٩٨	٦	الجزية	الجزية
٣١٢	٨	رزقهن	رزقهن
٣١٤	١٩	إن أن	إن أن
٣١٩	٧	الميرث	الميراث
٣٤١	١	لقائل	لقائل
٣٤٤	١٠	أن لو	لو
٣٥٥	٨	لاستغناء	الاستغناء
٣٥٧	٢٠	هذه	هذه
٣٦٠	١٤	نمخص	نمخص
٣٦٣	١٦	درأ	درئ
٣٧١	٨	المستوفات	المستوفات
٣٧٢	٢١	لشهادة	الشهادة
٣٧٣	٢٠	درء	درئ
٣٧٣	٨	لا معتبرة	لامعتبر
٣٧٨	١١	الدارية	الدارية
٣٨١	١٢	الدارية	الدارية
٣٨١	١٦	الدارية	الدارية
٥٣٤	٩	كألمشتري	كألمشتري
٥٣٧	١٧	كألمشتري	كألمشتري
٥٤٧	١٥	جئجؤا	جئجؤا
٥٤٨	٢	تدعوا	تدعوا
٥٤٩	٣	فلا نعطيكم	فلا نعطيكم
٥٦٢	٣	مستثنيا	مستثني
٥٦٣	٢١	از	ان
٥٦٤	١٤	الغرة	الغرة
٥٦٩	١٨	يصلطعه	يصلطعه
٥٧١	٨	امراز	اعزاز
٥٧٢	٤٩	حبيب	حبيب
٥٧٣	٣	لم تثبت	لم تثبت
٥٧٣	٢٠	لمنسوب	المنسوب
٥٧٤	٢١	باخذ	ياخذ
٥٧٥	٩	مشتريا	مشتري
٥٧٥	٩١	المشتري	المشتري
٥٧٦	٣	لا افة	لانه
ايضا	٢١	ولا	اولا
٥٨٠	٦	حيث فيه	حيث يكون فيه
ايضا	٩	اخذو	اخذ
٥٨٦	١٦	اعترض	اعترض
٥٨٨	١٣	جواز	جواز
٥٩٠	٣	بنفقة	بنفقة
٥٩٢	٧	الجزية	الجزية
٥٩٤	١٩	لجري	لجري
٥٩٥	٢١	معقدا	معقدا
٥٩٨	٣	اما	و اما
٦٠١	١٦	لحساب	الحساب

صفحة	سطر	نقط	صحیح
٩١١	١	استيلاء	استيلاء
ايضا	١٨	وقوله	وقوله
ايضا	٢١	ولد	ولد
٩١٢	١٣	لقتل	لقتل
٩١٥	١٥	اعدار	اعدار
٩١٦	١	جناية	جناية
٩١٧	١٥	صورة	صورة
٩١٨	٢	المدح	المدح
٩٢٢	١	المزنية	المزنية
ايضا	٥	لسلام	لسلام
٩٢٢	١٣	في قوله	في قوله
٩٢٣	٢١	لترجم	لترجم
٩٢٤	٩	بقوله	لقوله
٩٢٨	٥	اصاحبها	بصاحبها
ايضا	١٢	اذ	اذا
ايضا	١٤	اجارة	اجارة
٩٢٩	١١	الجانبيين	الجانبيين
٩٢٩	٢١	لسقوط	بسقوط
٩٣٥	١٤	لفعل	الفعل
٩٣٧	٢	لا يقضي	لا يقضي
٩٣٧	١٤	استهوته	استهوته
٩٣٧	١٧	خفزيها	خفزيها
٩٤٠	١٢	فرضيتها	فرضيتها
٩٤١	١١	لخط	كخط
٩٤١	١٢	بخرج	بخرج
٩٤٤	٢١	فما	فما
ايضا	٢١	شريكها	شريكها
٩٤٥	١١	لشريكه	شريكه
ايضا	١٢	لشريكه	شريكه

تمت الاغلاط

عنايه



INAYAH,

A

COMMENTARY ON THE HIDAYAH;

A work on Mohammedan Law.

COMPILED BY

MUHAMMAD AKMULOODDEEN, IBN MUHMOOD, IBN AHMUDONIL HUNUFEE.



EDITED BY

MOONSHEE RAMDHUN SEN;

HONORARY MEMBER OF THE ASIATIC SOCIETY OF PARIS.

WITH THE AID OF MOULVEE HAFIZ AHMUD KUBEER, MOULVEE PUTEH ULEE, MOULVEE MOHUMMUD
VUJEEH, MOULVEE MOHUMMUD BUSHEEROODDEEN, MOULVEE MOHUMMUD KULEEM,
MOULVEE MOHUMMUD NOORUL HUQ.

COMMENCED UNDER THE EDUCATION COMMITTEE, SUBSEQUENTLY TRANSFERRED WITH OTHER ORIENTAL
WORKS TO THE ASIATIC SOCIETY, AND COMPLETED UNDER THEIR AUSPICES, NOV. 1837.



VOL. II.



Calcutta:

PRINTED AT THE BAPTIST MISSION PRESS,
UNDER THE AUTHORITY OF THE ASIATIC SOCIETY.

1837.

